

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Historia del Derecho y las Instituciones**



**TESIS DOCTORAL**

**De Donationibus : aportacion al estudio de la polisemia  
juridica en la Edad Moderna**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Jorge Montes Salguero**

DIRECTOR:

**José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó**

**Madrid, 2015**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Historia del Derecho

TP  
1988  
111



x-33-377850-5

**“DE DONATIONIBUS” APORTACION AL ESTUDIO  
DE LA POLISEMIA JURIDICA EN LA  
EDAD MODERNA**

Jorge J. Montes Salguero

Madrid, 1988



ENCUENTRO

**Colección Tesis Doctorales. N.º 111/88**

• **Jorge J. Montes Salguero**

**Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 - 28015 Madrid  
Madrid, 1988  
Ricoh 3700  
Depósito Legal: M-4082-1988**

Jorge J. Montes Salguero

"DE DONATIONIBUS"

Aportación al estudio de  
la polisemia jurídica en la Edad Moderna

Departamento de Historia del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid

1987



TRABAJO PRESENTADO POR:  
JORGE J. MONTES SALGUERO  
PARA LA OBTENCION DEL  
GRADO DE DOCTOR EN LA FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE:  
MADRID

DIRECTOR:  
JOSE MANUEL PEREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO

**INDICE**

	Páginas
INDICE GENERAL .....	3
INTRODUCCION .....	13
PARTE PRIMERA:	
LA DOCTRINA DE LA DONACION EN ANTUNEZ DE PORTUGAL ...	35
SECCION PRIMERA:	
DE LA DONACION EN GENERAL .....	36
1. Concepto de donación .....	37
2. Figuras y efectos de la donación. Esquema ge- neral .....	44
3. Donación simple .....	46
4. La causa en las donaciones .....	48
5. <i>Donatione conditionali</i> (Modo y condición en las donaciones) .....	50
6. Donaciones <i>inter vivos</i> .....	55
7. Donaciones <i>mortis-causa</i> .....	63

## Paginas

## SECCION SEGUNDA:

DE LA ACTUACION DEL MONARCA EN CUANTO PERSONA O CUERPO POLITICO .....	66
--------------------------------------------------------------------------	----

## CAPITULO I

DE LAS DONACIONES REGIAS EN GENERAL .....	67
I.1. Aspectos comunes a toda donación regia .....	69
I.1.1. <i>De liberaritate uti proprio regnum munere</i> ..	71
I.1.2. La manifestación y ejercicio de la libe- ralidad .....	74
I.1.3. <i>De specialibus, quae dantur in donatio-             nibus regis</i> .....	77
I.2. Donaciones regias de bienes determinados .....	82
I.2.1. Donación como título para transmisión de cosas .....	86
I.2.1.1. Donación de bienes significativos o im- portantes .....	87
a) Símbolos regios. Palacios .....	87
b) Molinos .....	89
c) Puertos y vías públicas .....	92
d) Salinas .....	95
e) Minas, tesoros y piedras preciosas ..	96
f) <i>Bona vacantia</i> .....	98

## Páginas

I.2.1.2. Donación de cosas adquiridas por	
terceros .....	100
a) Por causa de delitos .....	100
b) Confiscación .....	102
c) Bienes de delincuentes .....	103
d) Incestos .....	112
e) Indignos .....	114
f) Incapaces .....	121
g) Suicidas .....	129
h) <i>Ab intestatos</i> .....	130
I.2.2. Donación como título para adjudicación de	
situaciones .....	147
a) Concesión de naturaleza .....	147
b) Concesión de legitimidad de los	
hijos .....	150
c) Concesión de ferias y mercados .....	157
d) Concesión de títulos nobiliarios ...	159

## CAPITULO II

## DEL REY, EL REINO Y LOS SUBDITOS EN ANTUNEZ

DE PORTUGAL .....	190
II.1. Planteamiento de la cuestión .....	191
II.2. La relación Rey-Reino-Súbditos .....	195
II.2.1. La naturaleza jurídica de la monarquía ..	196

	Paginas
11.2.2. La significacion del Reino y la personalidad de los subditos. Sucesión al trono. Enajenaciones y fragmentaciones de tierras y subditos .....	206
11.2.3. La relación entre el Rey y las Cortes generales .....	230
a) Significado de la designación "Curia".	231
b) Importancia de las Cortes .....	232
c) Convocatoria de las Cortes .....	233
d) Orden de proceder en Cortes .....	234
e) Juramentos .....	236
f) Potestad legislativa .....	237
g) Limitación de las facultades del Rey por las Cortes .....	239
h) Deposition del rey tirano .....	251
i) Instituciones para suplir o complementar la capacidad del Rey .....	265
j) Teoría tributaria .....	271
11.2.4. Potestad legislativa .....	294
11.2.5. Potestad gubernativa .....	298
a) Creación de cargos públicos .....	298
b) Venta de oficios .....	303
c) Universidades .....	308
d) Acusaciones .....	309

## Paginas

e) Edificios y comunicaciones .....	317
f) Del puerto .....	323
g) Industrias extractivas y bienes mos- trencos .....	324
II.2.6. Relaciones individualizadas entre el Rey y los súbditos .....	331
a) Protección a los súbditos .....	332
b) Perdón real .....	335
c) Instauración y revisión regias de las causas procesales .....	343

## CAPITULO III

EL DERECHO INTERNACIONAL EN ANTUNEZ DE PORTUGAL ...	351
III.1. Mare clausorum", "mare liberum" .....	352
III.2. La teoría de la guerra justa .....	366
III.3. Las represalias .....	377
III.4. Tratados y paces. Rehenes y legados .....	383
III.5. Relaciones con la Iglesia, patronato regio y común .....	389
NOTAS .....	397

## Páginas

## PARTE SEGUNDA:

LA DOCTRINA DE LA DONACION EN FERNANDEZ DE RETES ...	428
------------------------------------------------------	-----

## CAPITULO I

## HISTORIA LEGISLATIVA DE LA DONACION EN DERECHO

ROMANO .....	429
I.1. La <i>Lex Cincia</i> .....	430
I.2. La reforma de Antonino Pio .....	435
I.3. La reforma de Constantino .....	439

## CAPITULO II

## CONCEPTO, NATURALEZA, EXCESO Y CAUSA EN LAS

DONACIONES .....	443
II.1. Concepto de donación .....	444
II.2. Naturaleza de la donación .....	448
II.3. El exceso de prodigalidad .....	451
II.4. La causa en la donación ( <i>de donatiónibus ab causam</i> ) .....	454

## CAPITULO III

## NACIMIENTO, VICIOS Y EXTINCION DE LAS DONACIONES ..

III.1. La promesa de donación .....	460
III.2. La aceptación de la donación .....	463
III.3. La fuerza, el error, el dolo y la duda en	



Páginas

las donaciones .....	472
III.4. La revocación de la donación por ingratitud	481

CAPITULO IV

TIPOS Y SUJETOS EN LA DONACION .....	483
IV.1. La donación condicional .....	484
IV.2. La donación remuneratoria .....	487
IV.3. La donación con fecha fija .....	490
IV.4. La donación del padre al hijo .....	492
IV.5. Las donaciones ante y propter nuptias .....	495
IV.6. La donación mortis causa .....	500
IV.7. Las donaciones regias .....	505
IV.8. Las donaciones de los prelados .....	514
IV.9. La donación de los incapaces .....	517
NOTAS .....	521
CONCLUSIONES .....	534
REGISTA DOCUMENTAL .....	539
BIBLIOGRAFIA .....	552
FUENTES .....	553
INDICE BIBLIOGRAFICO .....	555

**ABREVIATURAS UTILIZADAS**

- A.H.D.E. Anuario de Historia del Derecho Español.
- A.H.N. Archivo Histórico Nacional.
- C.H.E. Cuadernos de Historia de España.
- C.I. *Codex Iustinianus.*
- C.Th. *Codex Theodosianus.*
- D. Los Digestos.
- F.J. Fuero Juzgo.
- F.V. *Fragmenta Vaticana.*
- L.T. Leyes de Toro.
- N.R. Nueva Recopilación.
- O.P. *Ordenações do Reino de Portugal.*
- O.R. Ordenanzas Reales
- P. Partida.
- R.A.H. Real Academia de la Historia.
- R.F.D.U.M. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- R.H.D.F.E. Revue Historique du Droit Français et Etrangere.

## INTRODUCCION

#### EL TEMA DE ESTUDIO

La finalidad de esta investigación es contribuir al estudio de la donación con un criterio amplio. A fin de situar inicialmente, no tanto conceptos definitivos, cuanto ideas previas o hipótesis de trabajo que ayuden a la mejor comunicación con mis eventuales lectores, señalaré que he entendido por donación no sólo a la simple (acto de liberalidad con el que disminuye el patrimonio del donante, dando lugar a un aumento del patrimonio del donatario) sino también como negocio jurídico celebrado entre particulares que en muchos supuestos se utiliza para disfrazar otras relaciones de derecho (compraventas, retribuciones por la gestión gubernativa y/o judicial, legados, testamentos etc.); sin olvidar que esta institución a lo largo de la historia ha supuesto también un arma política en manos de los distintos monarcas.

Temporalmente he centrado mi investigación en una época concreta que aún estaba menos estudiada (la Edad Moderna) o el sistema de la recepción del Derecho común, se conocía por estudios ya realizados (por ejemplo en concreto, uno de los más recientes de la Dra. Rodríguez Gil [1]) que la donación había sido algo así como el negocio jurídico por excelencia en la Edad Media. Tópico es que figura en los Manuales cómo con base en esta institución se consolidó en buena parte o se debilitó en otra, la monarquía y se posibilitó la formación de grandes señoríos, pero la primera duda que nos asaltaba con estos datos era saber si la donación había mantenido su vigencia y efectos en los siglos posteriores a esta etapa.

La legislación del periodo histórico citado, al menos en los textos legales más significativos recogía bastante normativa sobre esta institución, tanto entre particulares, como las donaciones reales (Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro, Nueva Recopilación etc.) (2) incluso en esos textos en referencia a las donaciones reales se recogen algunos altamente significativos que tratan de restringir la excesiva prodigalidad de los monarcas que como sabemos debido a las circunstancias políticas de la Edad Media había sido la norma general. El examen de esa legislación, relativamente fácil y

rápido, y la búsqueda de documentación, me reveló enseguida que la donación, en la época de la recepción del Derecho común, si bien había seguido existiendo, presentaba signos muy diferentes de los que tuvo en la Edad Media. La normativa legal alcanzó por su parte una perceptible tendencia a la estabilidad desde los textos bajo-medievales y la documentación, tanto la publicada como la obtenible en archivos, tendía a resultar un negocio jurídico monótono y sectorial. Lo primero, en cuanto las formas notariales aparecen notablemente unificadas en las diferentes escrituras de otorgamiento. Lo segundo, en tanto aparece esencial, aunque no exclusivamente, practicada por las clases sociales acomodadas y con miras piadosas o familiares sin apenas huella de su gran resonancia medieval cuando además de para esos fines se utilizaba este instituto como medio jurídico-público de retribución a quienes participaban en la gestión gubernativa y judicial. La regesta documental selectiva que incluyo en este trabajo muestra claramente estos rasgos, que por otra parte ya eran de esperar a la vista de algunos documentos de donación publicados ocasionalmente por autores como Caro Baroja (3), el Conde de Canilleros (4), González de Amezúa (5) etc., así como lo que ya permitían entrever los inventarios y registros notariales impresos (6).

Así las cosas, el espacio para mi investigación se circunscribía necesariamente a los límites de la doctrina jurídica y desde esta perspectiva se planteó enseguida la duda de establecer o bien una visión de conjunto o bien una selección de autor o autores concretos. La decisión tomada fue la segunda, pues obviamente una visión de conjunto es muy difícil de intentar cuando escasean las monografías previas sobre las que debe apoyarse.

No parecía oportuno circunscribirse a un solo autor, sino agrupar algunos que pudiesen ser o bien muy similares o bien muy divergentes y por estimar más enriquecedora ésta última posibilidad, aunque más dificultosa, fue en definitiva la que resultó elegida y aquí se presenta.

Más difícil parecía sin embargo decidir a qué autores habría de seleccionar para verificar su estudio. Consideré en primer lugar la figura de Diego de Covarrubias y Leyva autor del que ya apunta el profesor Tomás y Valiente como muy difícil de encasillar, dado lo excepcional de su obra dentro de este período (7). Sus *Opera omnia* se editaron por primera vez en 1558 y posteriormente se difundieron en distintos países siendo objeto de diversas reediciones bien entrado el siglo



XVIII como es bien sabido. Todo ello suponía un aliciente inicial, pero al tratar de insertar nuestra institución dentro de su obra, comprobamos cómo la donación tan sólo es tocada tangencialmente por este autor y en relación con otros temas como puede comprobarse en el tomo II (libros primero y tercero) de sus citadas *Opera omnia* donde hay algunas rúbricas dedicadas a la donación (8). Leídos los textos resultó claro por tanto que pese a la magnitud de la obra de este autor la donación no constituía ni su eje ni su interés central.

Igual labor realicé inmediatamente después con otro insigne jurista; Antonio Agustín. De todos es sabido que ya posee sus propios especialistas y ello en buena medida facilita la labor, pero es rápidamente perceptible que en su obra no se advierte un excesivo o significativo interés por nuestra institución, sus textos están más cerca de la historia de las fuentes del derecho romano y así casi interesa más para la donación Covarrubias que Agustín pues si bien éste trabaja especialmente sobre fuentes de derecho canónico si toca temas de nuestra institución a partir de ellas, mientras que Agustín está más cerca de la clásica "*Historia fontium*" romana. Un tercer espacio de atención venía propiciado por la gran columna vertebral que a lo largo

del Antiguo Régimen, constituyen para la ciencia del Derecho privado (quizás más para su práctica) castellano, los comentaristas de las Leyes de Toro. Sin embargo las prospecciones que realicé sobre alguno de los más antiguos como Castillo o Cifuentes, o el más notorio para la época estudiada, Antonio Gomez, descubrió la ausencia en sus obras de un tratamiento global y completo de la donación, en beneficio de un análisis sesgado y parcial en función de los puntos contemplados en las normas de Toro y por otra parte esa característica no sólo es común a los ejemplos citados, sino que se extiende a todos pues no hay que olvidar que los comentaristas constituyen un conjunto homogéneo a partir de un núcleo de comentarios suscitados uniformemente de generación en generación.

Se imponía pues la búsqueda de autores que hubiesen tratado monográfica y directamente la donación y en ese sentido existía una voluminosa obra cuyo título la presentaba como estudio con las características requeridas, así como otra prácticamente contemporánea suya, pero de factura y presentación muy diferente. Se trataba de las obras de Domingo Antúnez de Portugal y José Fernández de Retes.

Ambos son citados posteriormente por autores como Martínez Marina (9), Meréa (10), Pérez-Prendes (11) e incluso civilistas actuales como Vallet de Goytisolo (12) y algunos otros casos (13), y si bien todos ellos hacen referencia a la totalidad de la obra de ambos y resaltan su importancia, ninguno de ellos entró en el estudio específico de sus investigaciones sobre la donación. Pienso además haber contribuido o al menos haber intentado contribuir, estudiando a estos dos autores en esas obras suyas citadas a disminuir una laguna existente en nuestra actual investigación histórico-jurídica, el conocimiento del valor que pueda haber tenido la ciencia española del Derecho privado en la Edad Moderna, dicho de forma que sea paráfrasis de Wieacker, dimensión de nuestra realidad jurídica que por falta de personas a ella dedicadas se encuentra en situación muy inferior a la que disfruta por ejemplo en Alemania, pese a la tarea de edición y depuración de sus principales textos, realizada por ejemplo en los volúmenes de la serie "*Corpus Hispanicum de pace*" acerca de Suárez, Vitoria, Roa Dávila, Juan de la Peña, etc. Los escritores más propiamente situables en la línea estricta de la técnica jurídica, que no es precisamente el caso de los incluidos en el *Corpus* (a caballo entre la Teología y el Derecho) no han sido apenas atendidos

entre nosotros y ese rasgo pionero hacia más atractivo seleccionar precisamente autores como Antúnez o Retes que claramente están en el sector de estos juristas casi olvidados. La investigación que aquí se presenta, encaja con algún otro intento reciente que se inserta en nuestra misma línea, el trabajo de Rafael Garay sobre Vázquez de Menchaca (14)

#### LAS OBRAS DE ANTÚNEZ Y RETES SOBRE LA DONACION

Nos encontramos pues, ante dos autores uno portugués y otro español (15) que abordan de forma monográfica la institución objeto de nuestra investigación. El primero toma las donaciones regias como eje central de su obra (aunque dedica algunos capítulos a las de los particulares) y el segundo toca la donación desde el punto de vista de la liberalidad jurídico-privada a la luz de las legislaciones romana y castellana. Esos dos rasgos (además de los factores de poco conocimiento actual de estos autores, etc.) nos sugirieron que podría ser interesante situar al jurista de hoy ante dos formas contemporáneas (simultáneas, practicamente) pero bien diferenciadas, de tocar la

misma institución, formando inconscientemente una panorámica completa del tema desenvuelto.

Todas las citas que se hagan en este trabajo de estas dos obras se entienden referidas a las ediciones citadas (ver nota nº 15) que han sido manejadas en los ejemplares existentes en la Biblioteca Nacional de Madrid.

La estructura y forma de la obra de Domingo Antúnez de Portugal, es sencilla. Aparece en forma de tratado dividido en dos partes. La primera de ellas está a su vez dividida en dos libros que se ordenan en un total de treinta y cinco capítulos, conteniendo el libro primero dos preludios que tratan de la definición de la donación, la cuestión de si la misma se puede incluir entre los contratos nominados, las categorías modificatorias de la donación (bajo modo, condicional, matrimonial, etc.). La segunda parte consta de un solo libro que se señalará con el número tercero para acentuar la clara continuidad de la obra, pese haber sido editada en dos tomos diferentes y con el intervalo de dos años.

Desde el principio el autor se preocupa de señalar el contenido y fin directo de la obra, para ello en la parte primera a modo de prólogo incluye unas líneas en

las que resume cuales van a ser las directrices de su estudio (16). Allí se nos advierte que aunque el objeto fundamental de su análisis serán las características especiales de las donaciones regias, no por ello se va a ignorar lo relativo a las donaciones entre particulares. Esa preocupación-justifica que primero se dediquen dos preludios a señalar el concepto general de donación y los modos de la misma y que se destinen siete capítulos a las diferentes clases de donaciones. Pero a partir de ese punto su estudio se dirige específicamente a la donación como una facultad destacada y propia de los reyes dedicando a este tema de la figura de la donación regia treinta y cinco capítulos en el primer libro y cuarenta y cinco en el segundo.

En el tratado el autor aborda el tema de las donaciones regias propias del Monarca e incluso aquellas que dudan que lo sean.

Desde el punto de vista de la forma se puede indicar que todo el tratado está escrito con bastante fluidez y con la intención de llegar de manera clara y directa al lector, buen ejemplo de ello lo encontramos en el capítulo I del tomo primero donde define la liberalidad (17). El autor aplica siempre argumentos similares para convencer a sus lectores de los conceptos

que vierte en el *Tractatus* pero conforme a la vieja tradición de los tratadistas romano-canónicos procura aparecer siempre respaldado por multitud de citas de autores, valga como muestra el capítulo VI del preludio segundo (18). Además en dicho capítulo y en otros muchos se podrá apreciar el rasgo enormemente significativo para nuestro trabajo de que el autor pese a ser portugués constantemente hace referencia a la legislación española y a autores españoles de prestigio tan reconocido como Diego de Covarrubias, Antonio Gómez y Gregorio López, etc.

La obra de Fernández de Retes presenta una estructura y forma algo diferentes. Se nos presenta en forma de un solo volumen, dividiéndose el estudio monográfico que encierra en cuatro partes, con un total de ventidos capítulos (advertimos ya que en algunos casos son muy breves). La primera de las cuatro partes contiene diez capítulos que incluyen desde el concepto de liberalidad (y a partir de él el de donación) hasta la inclusión de diversos tipos de donación (como la remuneratoria o la aceptación de la misma, etc.). La segunda parte con sólo tres capítulos se dedica a aquellas donaciones que tienen algo de especial por los sujetos que intervienen en ellas (incapaces, prelados o monarcas). La tercera con cinco capítulos trata de la

donación como una entrega irrevocable e incluye aquellas donaciones que el autor cree que no lo son por no cumplir este requisito (donación condicional, *mortis causa*, etc.) para llegar hasta la cuarta y última de las partes de su *De donationibus* (y que el autor titula "de lo que las constituciones civiles recogen sobre la liberalidad") en la que se incluye historia de la normativa romana más significativa al respecto (desde la Lex Cincia hasta las reformas de Antonino Pío y Constantino) todo ello en tres capítulos para finalizar con un último vigésimo segundo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio.

Desde el primer capítulo de su obra el autor se encarga de reiterar hasta la saciedad el contenido y fin de la misma que no es otro que dejar suficientemente sentado que para él la única y verdadera donación es aquella que consiste en el ejercicio de la liberalidad y que va acompañada de una "dación" desinteresada por parte del donante, y para demostrarlo examina todas aquellas donaciones que para el autor no son tales, como por ejemplo la remuneratoria o incluso la *mortis causa*, dedicando un breve capítulo a las donaciones regias para en gran parte censurar el exceso de liberalidad con que actuar los monarcas.



Desde el punto de vista formal, se puede decir que *De donationibus* está escrito de forma bastante desordenada y mezclando los temas lo que a veces puede inducir al lector a error y es palpable que desde el momento que es escrita por su autor está pensando en que la obra va dirigida sólo a eruditos en la materia de ahí el lenguaje totalmente técnico-jurídico y la forma poco fluida que se percibe al leerlo, incluso hay pasajes donde el lector debe volver páginas atrás para poder seguir el argumento del autor (19). También como es propio de los autores de la época para reafirmar sus argumentos Fernández de Retes utiliza otros insignes autores y en especial a Cujacio a quien señala como su maestro y normalmente analiza las legislaciones romana y castellana, como ya ha quedado dicho más arriba.

#### METODO DE TRABAJO APLICADO

Teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo era conocer la significación doctrinal de la donación en la Edad Moderna las etapas de nuestro estudio sobre las dos obras seleccionadas han sido las siguientes:

Realicé primero la traducción íntegra de los textos, buscando sus fuentes y ordenando un fichero de citas. Dispuesto así el material, me pareció oportuno dividir el trabajo en dos partes diferentes. La primera dedicada a exponer y estudiar la doctrina de Antúnez de Portugal y la segunda a la misma tarea sobre Fernández de Retes. Una exposición conjunta del pensamiento de ambos, no parecía procedente por varias razones. No se agota con ellos la enorme riqueza doctrinal de la ciencia jurídica hispana de su tiempo, sobre este tema. Se deformaría la peculiaridad y el perfil de cada uno de los dos autores al entremezclarlo con el otro. Se perdería la serie de diferencias estructurales y sistemáticas que se aprecian cuando se reconstruye entero su sistema de trabajo y de raciocinio... Y en contra de todos esos inconvenientes, sólo podría alegarse la comodidad expositiva que encierra el ir situando citas de ambos en un esquema común que no es de ninguno de ellos.

Así pues he centrado esta investigación en ver lo que significa la donación en sus diversos frentes en la labor de estos dos autores tan heterogéneos, pero teniendo mucho cuidado de ni siquiera intentar una comparación entre ellos excepto la global y en algunos pocos puntos concretos ni superponer el uno sobre el

otro, de haber hecho esto, hubiera supuesto una tergiversación de su pensamiento. Para este estudio habia, sin embargo que sustituir la forma expositiva adoptada por nuestros autores (lo que hubiese reducido esta tesis a una mera traducción, tarea que si ha sido muy difícil en este caso, no es suficiente) por el hallazgo de un sistema ordenado de categorías y cuestiones que permitiese formular como doctrina coherente y sistemática el pensamiento que poseían, pero que ofrecen en una serie indigesta y asistemática de casos, polémicas, etimologías, citas legales y doctrinales, agobiantes y de difícil asumir para la comprensión por parte del jurista de nuestro tiempo. Creo haber puesto claramente al alcance del hombre de leyes de hoy, lo que Antúnez de Portugal y Fernández de Retes pensaban de la donación, por más que lo expresasen en formas que actualmente dificultan seguir y entender su pensamiento, pero sin que Antúnez o Retes hablen como autores actuales, ni éstos se pierdan en su dedalo. Esa, al menos ha sido mi intención.

NOTAS

- (1) Rodríguez Gil M.  
"La donación en la Alta Edad Media en los Reinos de León y Castilla" Madrid 1981.
- (2) OR., 5,9,2.  
L.T., 50, 51, 66.  
N.R., 5, 10, 1.
- (3) Caro Baroja J.  
"Estudios vascos II. Vecindad, familia, técnica".  
San Sebastián 1974, pág. 103 y ss.
- (4) Muñoz de San Pedro, Conde de Conilleros y de San Miguel.  
"Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales" "Centenario de la ley del notariado". Estudios históricos vol. II, Madrid 1965, documentos números 12, 20 y 50.
- (5) Gonzalez de Amezúa y Mayo A.  
La vida privada española en el protocolo notarial, selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del archivo notarial de Madrid.  
Madrid 1950. Documentos nº 26, 27, 28, 51, 52, 53, 54 y 55.

- (6) - González J.  
 Indices del Archivo Histórico de Protocolos de  
 Salamanca. Madrid 1942.  
 - Marrero Martínez M.  
 Protocolos del escribano Hernán Guerra, La Laguna  
 1508-1510. La Laguna 1958.  
 Protocolos del escribano Juan Guerra La Laguna  
 (1507-1508). La Laguna 1974.
  
- (7) Tomás y Valiente F.  
 Manual de Historia del Derecho Español. Madrid  
 1979, pág. 309 y ss.
  
- (8) Covarrubias D.  
 "Opera omnia" Colonia 1723, tomo segundo "Variarum  
 resolutionum", Libro primero nº 14 "conditionibus  
 donationis, contractus abiectis" pág. 87, Libro  
 tercero nº 12 "De donatione omnium bonorum quae sic  
 reservato usufructu" pág. 337.
  
- (9) Martínez Marina F.  
 Teoría de las Cortes, Madrid 1813. Edición  
 preparada por el profesor Pérez-Prendes, Madrid  
 1979. Págs. 32 y ss.

(10) Merêa M.P.

"Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do mare clausorum" en Novos estudos de Historia do Direito, Barcelos 1937, pág. 16 y ss.

(11) Pérez-Prendes J.M.

Curso de Historia del Derecho Español. Madrid 1983, pág. 870.

(12) Vallet Goytisolo J.B.

Estudios sobre Donaciones. Madrid 1975, pág. 432 nota 234 a).

(13) a) Ríaza Martínez-Osorio R.

"Historia de la Jiteratura Jurídica Española" Madrid 1930, pág. 192.

b) Jobbe-Duval E.

"Histoire de la doctrine relative a la nature de la querella inofficiosi testamenti" en N.R.H.D.F.E. 1907, pág. 755-799.

c) Braga da Cruz G.

Historia del Direito Português, pág. 421.

d) Gibert R.

Ciencia Jurídica Española. Sumario de un Curso. Granada 1971. Habría que resaltar que no se cita a Fernández de Retes, y sí se incluye a otro estudioso. <sup>15</sup> de Cujacius como es Ramos del Manzano pp.8 y 9

(14) Garay R.

El derecho de sucesiones en Fernando Vázquez de Menchaca (Tesis doctoral). Madrid 1984.

(15) - Antúnez de Portugal D.

"Tractatus de donationibus iurium bonorum Regia Coronae"

Fue editado en Lisboa el primer tomo en 1673 y el segundo en 1675, posteriormente se editó en un solo volumen en 1688 en Lyon que es la edición utilizada para este trabajo. Consta de un primer tomo de 510 páginas y un segundo de 484 más un índice sin numerar.

- Fernández de Retes J.

"De donationibus academica relectio"

Publicada por primera vez en Salamanca en un solo volumen en 1663. La edición utilizada es de 1714, hecha también en Salamanca y consta también de 440 páginas.

(16) Antúnez de Portugal D.

Op.cit.

« Ad lectorem

Hunc de Donationibus Iurium, et Bonorum Regiae Coronae Tractatum Benevole Lector tuae censurae subiucio. Materias continet, quae alta principia

petunt, quia de Principibus, et eorum Regaliis tractatus. Quare non mihi fuit minor labor in componendo Tractatum, quam in subordinando materias, ut una alterius portio et non extranea in lucem pordeat. Et cum crdo modus sit agendi, uncta bene disponens, quo onisso, nihil recte agitur. In duos tomus opus dividere constitui, quorum Primus duas habet Partes. Quarum Prima. Donationes, quae privatae fortunae hominibus conveniunt, continet. Secunda iura maiora Magestatis comprehendit, et materias varias, quae unicuique iure congruenter accommodantur. Neque tibi cordi sit Donationes privatorum personarum à tractatus materia esse alienas, licet enim Principum Donationes plurima habeant specialia, de quibus in fine huiusce primae Partis, tamem in caeteris cum privatorum hominum Donationibus, conveniunt et ideo ab illis exordinum funere visum fuit, Secundus tomus, quem typis mandare propero, iura minora Magestatis amplectitur, secutus normam praescriptam ab ordin. lib. 2 tit. 26 cuius siquiliatim commentari plaexhibere spero. Unum te admonere volo quod iurum et lD Allegationes veraces sunt. Vellem autem (amice Lector) ne me reprehendas cur opus quamvis lucubratum publicis edere scriptis, ac



sapientium intellectibus obicere voverim. Aequo animo illud secundum suspicias, et si secundae vel bonum, vel utile emergerit, deo Optimo Maximo laudes referenda sunt; sin autem minus, nec me otio vacasse, nec publicae utilitate pro tenuitate mei ingenii desuisse testimonium peribebit»

Prólogo sin paginar, tomo I.

(17) Antúnez de Portugal D.

Op.cit. tomo I, pág. 101.

(18) Id., L., C., tomo I, preludium II, capítulo VI, pág. 79 a 85.

(19) Fernandez de Retes J.

Op.cit. pag. 109 a 151.

PORTE PRIMERA

LA DOCTRINA DE LA DONACION  
EN ANTUNEZ DE PORTUGAL

SECCION PRIMERA

DE LA DONACION EN GENERAL

# 1. CONCEPTO DE DONACION

En el primer *preludium* Antúnez comienza tratando de definir la institución que estudia. Para ello parte de un argumento etimológico, haciéndola provenir de *doni datione* (1), pero antes de pasar a su definición el autor plantea qué considera necesario restringir, lo que para él es verdadera donación, a solo aquella relación jurídica que comienza con la reserva de la cosa y se perfecciona con su entrega. Para Antúnez hay que distinguir cuidadosamente entre "promesa de donación" y "donación misma", ya que una cosa es donar y otra prometer la conducta del donante. Si bien una lectura rápida podría sugerir que nuestro autor no tiene dificultad en admitir que la donación que comienza con la promesa sea considerada como perfecta, e incluso que la sola promesa de donar es tenuta como "donación hecha de presente" pues cita diversos autores, entre ellos Antonio Gómez,

Azo, etc (2) con tal criterio, no menos cierto que más adelante matiza el tema y dice que no debe llamarse "verdadera propia y perfecta" aquella donación que se hace desde la reserva de la cosa y antes de la entrega de la misma, porque el donante solamente lo es, cuando es trasladado aquel derecho que tenga sobre la cosa donada. Refuerza este criterio el hecho de que si la cosa es separada de su verdadero dueño, existiendo promesa de donación el donante no estará obligado a responder de la separación si se sigue el criterio que se origina a partir de la entrega. No es original Antúnez en este punto ya que esta opinión es generalizada por bastantes autores, como ocurre con Stephanus Gratianus, por no citar aquí sino aquel ejemplo que parece haber influido directamente en él.

Al debate de si la donación es considerada un contrato innominado o anómalo, Antúnez lo sentencia de forma categórica y clara (3).

*"Verum communis sententia est donationem, tam tempore digestorum quam hodie suisse, et esse contractum nominatum".*

Después de conocer su criterio en estos puntos podemos llegar a plantear su concepto de donación y si bien Antúnez valora las formuladas por otros autores

como Azo y Pichordo, parece inclinarse por la definición que él mismo afirma como más completa y es la dada por Hipólito Riminaldo.

Recuerda Antúnez que Azo la define como "la entrega de una cosa lícita hecha por pura liberalidad sin que exista una obligación jurídica de hacerla" (4) y que a su vez Pichordo propone: "es la traslación liberal e irrevocable del dominio de una cosa propia" (5). Pero encuentra más completa la del primero, es decir, Riminaldo cuando escribe:

"Se denomina donación propia la de aquél que da con la intención de que inmediatamente quisiera que fuera la cosa del receptor, que en ningún caso volviera a sí, y no lo han por ninguna otra causa si no es por ejercer la liberalidad y la monificencia" (6). Coherente con su concepto de la donación en cuanto *contractum nominatum* y respecto del carácter esencial que atribuye en ella a la liberalidad, Antúnez se enfrenta a otra teoría de Covarrubias respecto que sea donación aquel contrato innominado que atribuye remuneración de cosas por causa de méritos.

Antúnez al respecto opina que tal "donación remuneratoria" no es propiamente una donación, sino que se denomina así de forma impropia y sostiene que sólo se

entiende como donación si se matiza añadiendo que es entrega simple hecha por mera liberalidad (7), pone en duda la naturaleza de donación que es llamada remuneratoria y duda que tal entrega pueda ser considerada como donación, ya que pierde la condición de liberalidad, según su criterio, característica imprescindible. En su apoyo cita pasajes que afirman que la donación remuneratoria se puede hacer a cambio de servicios futuros, como ocurre con la *donatio nuptias* pactada obligándose a futuras nupcias. Sabido es que desde Constantino en la donación real tiene validez si las nupcias se llevan a cabo, pero no en algunos casos contrarios en los cuales la donación hecha por el esposo o la esposa, que si no es seguida de matrimonio, se suspende.

Arias Ramos, opina que lo que fue una costumbre, el decir que si no se celebraba el matrimonio la donación se podría reclamar por parte del donante, Constantino la elevó a rango de ley (8). En este mismo sentido se pronuncia García Garrido estableciendo la evolución histórica de esta institución.

Acentúa Antúnez que la donación remuneratoria es irrevocable ya sea por la supervivencia de hijos o por causa de ingratitud, aunque matiza que puede contemplar-

se la revocación si se considera que es desproporcionada, pudiendo entonces retomar o "repetir" la parte que se considere excesiva.

En nuestros días ha vuelto sobre el tema Roberto Reggi y llega a la conclusión, que es una donación en sentido jurídico del término y como tal es irrevocable (9), aunque admite la revocación pactada según el Derecho justinianeo.

Estos planteamientos generales nos descubren pues a un autor, que está plenamente integrado en la idea originada por el Derecho romano postclásico de que la donación es un contrato innominado. En efecto fue entonces como se sabe cuando se configuró tal criterio aplicando la *actio praescriptus verbis* o la *actio condictia* o la donación *sub modo* para revocarla.

Pero el carácter de causa (y no el de contrato) para una actuación que incide sobre masas patrimoniales, carácter que la romanística moderna ha sabido hoy rescatar de la concepción romana clásica de la donación, considerándola como la causa lucrativa principal, no es captado por Antúnez que se mueve en una línea de conceptos iniciada en el derecho postclásico y que ya en él es íntegramente de calificación contractual de la donación, prácticamente consolidada desde Constantino, pero



acentuada por los debates con referencia a estas cuestiones en el mundo de la Baja Edad Media, línea en la que inscribe Antúnez, en referencia a esto, Archi y Casavola en sus obras: *Las donaciones curso del derecho romano* y *Lex cincia, contributo alla storia delle origini della donazione romana* ambas editadas en 1960 y brevemente recogidas por García Garrido en el número 20 del AHDE recoge la concepción postclásica de la donación aunque Archi se muestra contrario a la tesis de la influencia inmediata de las ideas cristianas en su constitución en Occidente y afirma que las nuevas formas de donación se deben a factores más complejos.

Archi mantiene que Justiniano favorece la donación e incluso condiciona el principio de desvincular la donación de la naturaleza del contrato con eficacia real, y por tanto la donación es independiente de la *traditio* porque se basa en la *pura voluntas* (10).

En el mismo sentido de la evolución de esta institución pero recogiendo las enormes influencias del cristianismo y sus costumbres en la evolución de la donación se manifiesta José Luis Murega en su obra *Donaciones y testamento in bonum animae en el derecho romano tardío* (11), en la cual realmente acepta el criterio de otros tratadistas al respecto, como serían

los profesores J. Iglesias y Alvaro D'ors, si bien profundizando en sus ideas. Téngase en cuenta que el primero afirma: "Comienza a decaer la *causa donationis*, y por consiguiente a perfilarse la donación como instituto autónomo, cuando la *Lex cincía* del año 204 a.C. establece un régimen de prohibiciones ..."

A su vez D'ors recuerda que en el Derecho post-clásico la ley Cincía cae en desuso. Constantino sujeta las donaciones a una nueva disciplina que consiste en la exigencia de la "insinuación" (12), lo que permite a D'ors afirmar que "sólo en el derecho postclásico la *donatio sub modo* se construye como contrato innominado, con la sanción habitual de la *actio praescriptis verbis*, o un *actio conditio* para reconocer la donación" (13).

## 2. FIGURAS Y EFECTOS DE LA DONACION. ESQUEMA GENERAL.

En el segundo *Praeludium* del *Tractatus* se establece una doctrina general de la donación, y si bien en una primera lectura da la impresión de que el autor se va a referir sucesivamente a siete puntos (causa, modo, condición, donaciones *mortis causa*, *inter virum et uxorem*, *inter patrem et filium* y *arrharum*) pronto se advierte que en esa relación se distinguen dos figuras o tipos principales, una, *inter vivos* y otra por causa de muerte, aunque el *Tractatus* se detiene preferentemente en las primeras, y a su vez las divide (atendiendo a la forma de engendrarse y a sus efectos) en simples y por causa (o bajo modo, o condicionales), dedicando análisis especiales que luego veremos a los conceptos de causa, modo y condición. Así pues, su esquema podría ser del siguiente modo:

Figuras o tipos

		$\alpha$ <i>arrharum</i>	
A) Donaciones	a) nupciales	$\beta$ <i>inter virum</i>	<u>Formas y</u>
inter vivos		<i>et uxorem</i>	<u>efectos</u>
			simples
	b) <i>inter patrem</i>		Condicio
	<i>et filium</i>		nales
B) Donaciones			
<i>mortis causa</i>			

Si bien nuestro autor hace una exposición quizá demasiado lineal tratando en primer término las formas de hacerse o engendrarse las donaciones y sus efectos y después sus tipos o figuras, nosotros seguiremos en esta exposición un orden diverso, ya que debe diferenciarse entre figuras y efectos, pues distinguidas están en el pensamiento de Antúnez aunque no se manifieste en una primera lectura. Por otro lado parece oportuno unir las categorías de conceptos modificativos *causa modo* y *condición* a las donaciones *inter vivos*, tocando después las *mortis causae*.

### 3. DONACION SIMPLE

Si para Antúnez la donación simple es la hecha por mera liberalidad y exige la entrega de la cosa e inmediatamente se transfiere el dominio al donatario, conviene recordar que en textos castellanos como la Partida 5, 4, se define la donación:

"Donación es bienfecho que nasce de nobleza et de bondat de corazón es fecha sin ninguna premia ..." se expresa igual idea. Y como ya dijimos en la introducción el autor sigue la legislación castellana en la mayoría de los conceptos que vierte en su *Tractatus*, recuérdese que en la partida 5,4,4, están recogidas las formas de la donación de la manera siguiente:

"Facere puede la donación en quatro maneras: la primera es quando es fecha sin ninguna condición, la segunda quando aquel que da pone condición en el dona-

dio; la tercera cuando son presentes en un lugar el que da et el que rescibe la donación; la quarta cuando aquel a quien quieren hacer la donación es en otra tierra ..."

(14).

#### 4. LA CAUSA EN LAS DONACIONES

Antúnez afirma rotundamente que no toda causa, aunque se exprese en la donación, es suficiente para que la donación sea entendida por causa (15) sino que debe ser tal que excluya la liberalidad y la munificencia, de lo contrario sería una simple donación, de tal manera, que para denominar a la donación por causa, la causa debe ser final. Se requiere para la donación por causa que ésta contemple la comodidad y utilidad del donante, como ocurre en la donación remuneratoria ya que excluye la liberalidad. Si la causa es extrínseca y no tiene en cuenta la conducta del donante, entonces ese negocio sería una donación verdadera y simple, según lo dicho en el punto anterior.

Plantea Antúnez diversos supuestos, deteniéndose en las donaciones o deberes por causa de matrimonio. Señala

haremos aquí sólo uno de ellos, a modo de ejemplo ya que estas donaciones se examinarán más adelante.

¿Qué ocurre en el caso del padre con una sola hija si la dota muy generosamente y después tuviera más hijos?

La donación se revocaría, pero no en su totalidad, sino en lo que afecta a la legítima de los nuevos hijos.

Aquí de nuevo el autor utiliza la legislación castellana y autores como Bernardo Díez y Gregorio López, y afirma que en Portugal al igual que en Castilla no existirían estos problemas ya que el padre puede disponer de la tercera parte de sus bienes para el hijo dotado, aunque se plantean dudas respecto al tercio con el que el padre puede mejorar a uno de sus hijos y en ese caso se podría revocar la donación respecto a ese tercio (16).



5. DE DONATIONE CONDITIONALI (MODO Y CONDICION EN LAS DONACIONES)

Antúnez define el modo diciendo que el mismo es cierta matización añadida al acto que grava a aquel que recibe el beneficio y es indispensable para que el negocio en cuestión sea perfecto, siendo el modo además requisito permanente.

El modo se puede entender de tres maneras diferentes:

Primera. En cuanto implique una causa final, lo que se hace con mayor frecuencia y que genere cuantas veces el modo añadido a las disposiciones contenga una utilidad para el testador y el donante.

Segunda. Cuando el modo supone una causa impulsiva, lo cual se da muchas veces. Además de la utilidad del testador o de un tercero, si se expresa alguna otra

causa en la donación o principalmente en el legado, no se revoca la donación sino que se obliga al legatario o al donatario a hacer lo que le fue mandado. Luego sólo está el donatario obligado a poner cuidado en cumplir el modo.

Tercero. Se dice que el modo es añadido no en razón de carga, sino de consejo, como cuando el acto se lleva a cabo y se manda a hacer algo en utilidad exclusiva del donatario mandante; en este caso se insinúa un consejo.

Hace una distinción entre el modo y la condición, la condición se pone previamente a la donación y el modo es posterior a la misma, por lo que la condición debe cumplirse antes de la entrega de bienes y es de tal naturaleza que suspende el acto mientras la condición no se cumpla. Se diferencia también porque no se requiere aviso para el cumplimiento de la condición ni interpelar para que la condición se cumpla. Es de señalar la coincidencia de estos criterios doctrinales de Antúnez con los de obras de nuestro tiempo, con la de Torralba Soriano (17).

Contra el donatario que no cumple el modo se da la reivindicación, acción real que presupone el dominio en el agente, de tal manera que no se puede intentar si no

es por el que es dueño. Luego no la condición, sino la reivindicación, se establece contra el donatario, porque la condición es una acción personal y no puede concurrir con la reivindicación. Sin embargo, señala Antúnez que en la práctica se hace difícil la reclamación, puesto que el modo añadido no impide la translación del dominio, y como éste ya fuera trasladado al donatario, no puede decirse que permanecía en el donante como para poder provocar la reivindicación, ya que el dominio de dos, y al mismo tiempo, sobre una cosa no puede darse.

Para llegar a una solución, nuestro autor se apoya entre otros en Antonio Gómez en su comentario a la ley 45 de Toro párrafo 27 (18) donde se estima que el dominio por el mismo derecho vuelve al donante sin necesidad de recurrir a la entrega a no ser que el modo haya sido observado.

En cuanto a la condición, nuestro autor vuelve de nuevo a la legislación castellana para definirnos la donación condicional que incluye la Partida 5,4,5, y con base en ello nos afirma que la donación puede llevar añadidas condiciones y pactos que se suponen formando parte del mismo acto de la donación ya que cada cual es el moderador y árbitro de sus cosas, y nada tiene por tanto de sorprendente que cualquiera pueda imponer

condiciones o pactos en la entrega de una cosa suya exigiendo el cumplimiento de tal condición. Recurre Antúnez también para ratificar esta idea de nuevo a Gregorio López (19).

Hay que advertir que los romanistas actuales como García Garrido o Juan Iglesias no distinguen entre donaciones modal y condicional sino que hablan de la primera y la incluyen dentro de las donaciones especiales (20).

García Garrido la define como "aquella donación que impone al donatario la carga de realizar una determinada prestación a favor del mismo donante o de un tercero. El modo no constituye una contraprestación ya que es esencial en la donación la liberalidad del acto ... puede concederse al donante una *condictio* para la repetición de lo donado en caso de que el donatario no cumpla el modo ...".

Hay continuidades actuales de la doctrina que Antúnez recoge, como se sigue manifestando en la idea de nuestro autor de que si falta el cumplimiento de la condición, la donación sería inútil y por consiguiente, es tenida como si de hecho nunca se hubiera realizado. Pero como la duda se suscita, cuando se cuestiona la verdadera existencia de la donación condicional como una

donación, se inclina por un resultado negativo, ya que la donación condicional es revocable pues depende del cumplimiento de una condición o de su defecto, y ya se mantuvo al principio que la irrevocabilidad está en la naturaleza de la donación.

Planitz apunta también esta idea sobre la donación condicional, ya que afirma que el donante tiene el derecho de revocación en caso de que la condición no se hubiese cumplido de forma adecuada (21).

Este tipo de donaciones fueron más abundantes en la Alta Edad Media como ya desarrolló la profesora Rodríguez Gil en 1981 (22).

## 6. DONACIONES INTER VIVOS

### a) Donaciones nupciales

Ya hemos señalado la existencia de dos tipos de figuras; *donatione arrharum* e *inter virum et uxorem*.

#### α) *De Donatione arrharum*

Recordemos que ya en el Bajo Imperio, como señala García Garrido, tuvo gran importancia la *donatio ante nuptias* de supuesto origen hebreo (23) y que se fue confundiendo con las arras o señal que se entrega para la realización de un contrato (24). Una larga línea de continuidad, más o menos rutinaria o consciente (no es

este lugar para ese tema) hizo que esta institución fuese analizada en profundidad por muchos autores. De entre ellos recoge Antúnez en su *Tractatus* las ideas de Covarrubias y siguiendo a este autor nos recuerda que en España la donación de las arras no se hace por necesidad, sino por mera liberalidad y ello lleva a que los excesos en esa prodigalidad dieran lugar a que por ejemplo la ley 50 de Toro (recogida posteriormente en la Nueva y Novissima Recopilación) estableciera que la promesa de arras no puede exceder de una décima parte de los bienes del marido (25). Hecho este apunte, nuestro autor nos informa que legislación similar rige igualmente en su propio país (26).

Establecidas las premisas generales, Antúnez analiza algún caso práctico, como sería la posibilidad de si el varón en el tiempo de la promesa de arras poseía de buena fe todos los bienes como suyos, de los cuales según la N.R. (27) la décima parte era suficiente para compensar la cantidad de las arras prometidas, y después estos bienes o parte de ellos son reivindicados con éxito por un tercero por vía de derecho (de tal manera que una vez perdida parte de los bienes, la décima parte de los que le quedan no es suficiente para compensar las arras prometidas) se puede plantear una alternativa: ¿vale entonces la cantidad de la promesa? o ¿tiene que

ser revocada y reducida a la décima parte de aquellos bienes solamente que como propios le dejaron al promitente?.

La respuesta es, según nuestro autor, que la promesa de arras se entiende hecha de los bienes que el promitente poseía en el momento de la promesa, a no ser que hubiera sido hecha la promesa, y por consiguiente la obligación de los bienes futuros. Y suponiendo que el que prometía no tenía los bienes suficientes en el momento de la promesa, la donación o la promesa sería inútil, cuando se promete sobre los bienes futuros, se dice válida si se cumple de los bienes lucrados (28).

Concluye el autor manifestándose en favor de la tesis que concibe a las arras como semejantes con la donación *propter nuptias*. La mujer tendría entonces una falsa hipoteca, pues esta hipoteca no tiene el derecho de prelación que se le concede a la dote y no a la donación *propter nuptias* (29).



ß) *De Donatione Inter Viruum et Uxorem*

Alvaro D'ors, García Garrido, Arias Bonet, Juan Iglesias y otros muchos romanistas coinciden en recoger la prohibición expresa en el Derecho romano clásico de la donación entre los cónyuges (30) aunque parece ser que fue de origen consuetudinario y más tarde jurisprudencial, y así la consideran Alvaro D'ors y García Garrido.

Antúnez mantiene en este punto la idea del derecho romano del Bajo Imperio y la posterior legislación visigótica al respecto, en el sentido de que no se declaran reales las relaciones entre cónyuges, sino revocables en vida y sólo confirmadas por la muerte del donante, si éste anteriormente no las revocó. En realidad, se trata de la concepción recogida por García Garrido en su trabajo sobre "El régimen jurídico del *patrimonis uxorio* en el D. Vulgar romano-visigótico" (31).

Nos indica Antúnez que se han de seguir una serie de requisitos para que la donación tenga confirmación por la muerte del donante (32).

Primero.- que el donante mantenga su voluntad hasta la muerte, porque si a lo largo de la vida, expresa o tácitamente, revoca la donación, ésta no se confirma con la muerte.

Segundo.- se requiere la entrega de la cosa donada por el donante.

Tercero.- se requiere que el cónyuge donante muera antes que el donatario, porque si muere primero el donatario, desaparece la donación. Si el donante y el donatario perecen a un tiempo, la donación se confirma ya que se presume que el donante perseveró en su voluntad.

Por último, la donación entre marido y mujer se confirma sólo respecto a aquella suma, en la cual la donación tiene validez, nunca en la parte que se excede.

Coincide en estos rasgos Antúnez con Antonio Gómez, en su comentario a las leyes de Toro (33).

b) De Donatione Inter Patrem et Filium

Antúnez parte del principio de que esta donación no es válida ya que el hijo está bajo la patria potestad (34). No puede entenderse su planteamiento sin recordar la ley 17 de Toro, que dice:

"Quando el padre o la madre mejorare a alguno de sus hijos o descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento o en otra postrimera voluntad o por otro algun contrato entre vivos, ora el fiyo está en poder del padre que fizo la dicha mejoría o no, falta la cra de su muerte, la puede revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, ouviere entregado la possession de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas a la persona quien la fiziere, o a quien se poder viere o le ouviere entregado ante escrivano la escritura dello; o el dicho contrato se ouviere fecho por causa onerosa con otro tercero, assi por via de casamiento o por otra causa semejante, que en estos casos mandanos que el dicho tercio no se pueda revocar si no por reservasse el que lo fizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, o por alguna causa que segun leyes de nuestra reyna las

donaciones perfectas e con derecho fectas se pueden revocar" (35).

Antúnez sigue en este tema a Antonio Gómez en su comentario a la ley citada en el que afirma: "Aunque parecía que hoy, atendida esta ley diez y siete juntamente con la veinte y seis de Toro, que proviene que se conceptúe por mejoramiento toda donacion que los padres hacen a sus hijos debiendo correr las donaciones en los mismos términos que las mejoras; sin embargo aquellas que simplemente hace el padre al hijo quedare sujetas enteramente a lo prevenido acerca de ellas por derecho común; sin que sea de reparo la citada ley veinte y seis de Toro; pues sólo tiene lugar en las donaciones válidas, perfectas y formalizadas con las solemnidades de derecho; mas no en las que por su naturaleza y circunstancias no puede subsistir" (36).

Recogiendo estas ideas Otero afirma también que si bien en el derecho romano clásico se llegó a considerar que la donación del padre al hijo era nula sometido a su patria potestad, y que ni siquiera era consolidada con la muerte del padre a no ser que hubiera mediado entrega, la donación ha sufrido una posterior evolución y al igual que Antúnez manifiesta que este tipo de donación se confirma con la muerte del padre donante si

éste persevera en la misma voluntad hasta su muerte  
(37).

## 7. DONACIONES MORTIS-CAUSA

La donación *mortis causa*, según los *Digesta* de Justiniano no se considera perfecta ya que sería revocable, hasta que no acontece el hecho de la muerte del donante (38).

Normalmente este tipo de donación es considerada por los tratadistas como una donación especial, y así la considera Antúnez. Alvaro D'ors dice de ella que es una donación que el donante hacía temiendo una muerte próxima, de suerte que si la muerte no ocurría se podría recuperar lo donado; la jurisprudencia acabó por considerar esta donación como suspensivamente condicionada a la muerte, con lo que se aproximó a los legados (39) en el mismo sentido se manifiestan García Garrido y Juan Iglesias (40).

Antúnez manifiesta que no siempre la donación, en la cual se hace mención de la muerte, puede llamarse donación por causa de muerte, puesto que aquella en la cual se hace mención de la muerte por razón de la donación no lo es por causa de muerte, sino inter vivos. Además si el donante, en la donación se reservó algo para él totalmente, la donación es considerada entre vivos aunque en ella se haga mención de la muerte.

Para Antúnez la donación *post-obitum* se distingue de la hecha inter vivos por el carácter netamente suspensivo de la donación a que está sometida la primera así como a la revocabilidad de la misma (41).

Igualmente recuerda que lo es inter vivos aquella donación en la que, aunque se haga mención de la muerte, se reserva el usufructo, puesto que en la donación por causa de muerte carece de sentido dicha reserva.

Advierte Antúnez la posibilidad de confundir las donaciones por causa de muerte con el testamento ya que éste vino a sustituir a éste en la Alta Edad Media, pero manifiesta que no hay que olvidar que no se puede confundir esta donación con un legado, pues éste se crea dentro del testamento y la donación fuera.

Estos matices de Antúnez son típicos de su horizonte jurídico, como Bussi (42) nos aclara al señalar que ambas instituciones están en íntima relación en la doctrina del Derecho común, la cual siempre matizó que si el testamento constituye un acto de última voluntad, la donación, que se fundamenta en él, conlleva la obligación de restituir en determinados supuestos (43) criterio seguido por los autores que estudia a partir de su exégesis de los *Digestae* de Justiniano.



SECCION SEGUNDA

DE LAS ACTUACIONES DEL MONARCA  
EN CUANTO PERSONA O CUERPO POLITICO

CAPITULO PRIMERO

DE LAS DONACIONES REGIAS EN GENERAL

Pretende exponer este capítulo aquella parte del pensamiento de Antúnez de Portugal que, sin forzar las cosas, es referible todavía al tema de la donación, en este caso las de los reyes. Distinguiremos un primer grupo de cuestiones calificables como aspectos comunes a toda donación regia y construiremos otro segundo sector con el análisis de ciertas donaciones regias de bienes determinados.

**I.1. ASPECTOS COMUNES A TODA DONACION REGIA**

Antúñez distingue en su discurso claramente la diferencia que aquí hemos resaltado entre donación en general y donación regia. No se trata pues de que hayamos nosotros ni forzado su pensamiento para introducir categorías que le sean ajenas, ni de que nos hayamos limitado a resumirle. Prueba de que la arquitectura de su pensamiento es la que inspira la sistemática de nuestra exposición, aún cuando nos apartemos de su técnica expositiva, radica en que él mismo insiste en que, una vez que se ha ocupado de las donaciones entre personas, privadas y sus diversas manifestaciones, se ocupará de reconstruir y sistematizar la doctrina acerca del verdadero objeto central de su tratado, ésta es las donaciones regias. Las cuestiones objeto de tratamiento en este capítulo serán las dos siguientes. Estudio de la virtud de la liberalidad en los monarcas como fundamento último de sus donaciones y las cuestiones específicas que se presentan en las donaciones regias.

I.1.1. DE LIBERARITATE UTI PROPRIO REGNUM MUNERE

Para nuestro autor el último fundamento de toda donación realizada por reyes y príncipes reside como sustancia constitutiva en la liberalidad, que es entendida como un don propio de reyes (44) en forma muy significada.

Se recoge así uno de los viejos tópicos de la tradición jurídica medieval, que elogian la donación y la grandeza liberal de ánimo que supone y sobre su persistencia construye el autor un elogio de la liberalidad como la más grata de todas las virtudes ya que incluye felicidad cierta y es acompañada de costumbres gratificantes, la cortesía, la humanidad, la misericordia para con los amigos, la benevolencia, la hospitalidad, el deseo de lo honesto, etc. El príncipe debe ser el padre piísimo de los súbditos y como tal debe ser denominado (45). Este planteamiento se enriquece

mediante la técnica de yuxtaponer las citas de una serie de monarcas de la antigüedad que son recordados por su virtud de la liberalidad, así por ejemplo los casos de Cleomene y Ptolomeo, reyes egipcios (46) y de Alejandro Magno enfatizando en el caso de éste una respuesta suya en un día en que dió limosna a un pobre que pedía en la ciudad y habiendo oído decir que tal limosna no le convenía le contestó el monarca:

"non curo quod te accipere, sed quod date congruat"  
(47).

La doctrina que detalladamente desenvuelve Antúnez recordando que el príncipe ha nacido para mandar y dominar, no debe admitir aquellos vicios que proceden de la avaricia y del moderado deseo de riqueza como de su fuente, porque la avaricia constituye la raíz de todos los males, no es en definitiva sino una pieza más en la larga serie de testimonios históricos que configuran la doctrina medieval de los dos cuerpos del rey, uno natural, humano y otro político, invisible, intangible, alejado de infancia, vejez, defecto o flaqueza (48). Flaqueza grave es la avaricia que en el cuerpo político de los monarcas no puede existir y aparece plenamente desplazada por un ánimo liberal, que se manifiesta en la donación razonable.

Ningún vicio es tan cruel como la avaricia, sobre todo en los príncipes y en los gobernantes de la república. Antúnez para fundamentar esta idea cita a Cicerón (49) y afirma rotundamente que la avaricia y la lujuria son como pestes que derrumbaron todos los grandes imperios (50), por ello la avaricia debe ser detestada por el príncipe y combatida por la liberalidad.



#### I.1.2. LA MANIFESTACION Y EJERCICIO DE LA LIBERALIDAD

Establecidas como premisas las múltiples ventajas que suponía la liberalidad para que un rey asuma su cuerpo político en cuanto monarca o príncipe, se aborda a continuación la forma en que debe ser ejercida tal condición ya que a veces tanto se peca en esta virtud por exceso como por defecto. Califica Antúnez el exceso como "prodigalidad" y el defecto como la "avaricia" pues normalmente el pródigo se excede en dar y el avaro se extiende en recibir y se autolimita en el dar ...

Rechaza en consecuencia la indiscriminada liberalidad como fundamento propio de la donación porque es como si alguien arrojase bienes sin tener en cuenta la condición de las personas, ni el tiempo ni el lugar. Antes al contrario el príncipe debe considerar atentamente hasta dónde debe extender sus facultades y propone Antúnez tres condiciones para ser tenidas en cuenta por los monarcas a la hora de donar o dar donde convenga,

según el modo y el lugar de tal manera que el príncipe debe plantearse conjuntamente tres reglas:

Primera: Observar cuando se proponga dar a las personas a quienes proyecta dar otorgando donaciones sólo a las que pueda calificar de honestas.

Segunda: Debe recordar que no todo el tiempo es oportuno para donar para escoger cuidadosamente el instante que convenga.

Tercera: Debe observar ciertas ponderaciones al donar, utilizando la moderación en todo, según el patrimonio y las fuerzas de su Estado. Si el príncipe quiere conservar el principado para él y los reyes, está obligado a usar la liberalidad con moderación y no hacer donaciones inmensas (51).

Esta última regla es objeto de mayor desarrollo que las otras dos. Enfatiza Antúnez que cualquier monarca debe comportarse muy prudentemente con el patrimonio de su reino por muy extenso que éste sea huyendo de la prodigalidad, pues si se sigue una política constante de grandes donaciones se llegaría a consumir de forma imprudente el patrimonio del reino. Además ello llevaría al efecto adicional de desear desordenadamente lo que no posee, y a abusar de los bienes de sus

súbditos, con especial riesgo para aquellos más débiles, respecto de los cuales un pequeño patrimonio constituye toda su riqueza. Como esa política tendría que compensar el empobrecimiento engendrado en el patrimonio regio con un aumento de los impuestos, les llevaría a los reyes a imponer tributaciones del todo gravosas e injustas. Así no se estaría a presencia de la virtud de la liberalidad sino ante una verdadera situación de crueldad para el súbdito que es quien la sufre en su propia sangre. Además, si el monarca debe actuar con prudencia y moderación, también debe observar la regla de no ejercer la liberalidad para con los indignos que no la merecen, sino más bien examinando atentamente personas, conductas o situaciones para actuar ante sus súbditos socorriendo sus necesidades, con el ejercicio de una piadosa humanidad, "*tan quam patren vassallorum et Republicae maritum*" (52) frase que demuestra la incardinación de Antúnez en la línea conceptual que Ullmann ha calificado como "teocrática" o "descendente" al estudiar las doctrinas sobre la realeza en la Edad Media (53).

1.1.3. DE SPECIALIBUS. QUAE DANTUR IN DONATIONIBUS  
REGIIS

Si bien la naturaleza jurídica de la donación hecha por el rey es idéntica y la misma que la otorgada entre particulares, presenta en el primer caso algunas circunstancias especiales que Antúnez contempla específicamente.

La razón de esas especialidades no reside pues en la naturaleza jurídica de la donación, sino en el principio de que la potestad del rey es plena (*plenitudo potestatis*) (54) y en principio no será sometida a ningún límite, incluso se mantiene la idea de que las donaciones reales tienen formalmente fuerza de ley. Así se justifica que las donaciones reales reúnan en sí mismas unas especiales características que Antúnez analiza en términos que puedan sistematizarse del siguiente modo:

a) En Cuanto a los Sujetos

1) Es válida la donación hecha por el rey a su esposa a diferencia de que normalmente la donación entre esposos no se admite.

2) También lo es la donación hecha por el rey a su hijo cuando está bajo su patria potestad circunstancia que tampoco es posible en las donaciones entre particulares.

3) Normalmente el militar no puede donar a su concubina y puesto que el rey es el jefe supremo del ejército tampoco podría hacerlo, pero debido a su dignidad real sí es válida la donación.

4) El hijo no está obligado a partir con sus hermanos, después de muerto el padre, las donaciones hechas por el rey en atención al padre, o por una petición suya. Tampoco los juros (a las que Antúnez califica de "rentas anuales") trasladados por el padre al hijo con licencia del rey. La razón radica en que estas donaciones se consideran como bienes cuasicastrenses y como tales corresponden de pleno derecho al hijo.

5) El padre no puede reclamar el usufructo de los bienes del hijo donados por el rey, ni de los bienes del mayorazgo erigido por las gracias y donaciones del príncipe.

b) En Cuanto a la Forma y Requisitos

1) La donación regia no necesita declaración formal pero sí la donación del particular al monarca.

2) La donación hecha por el monarca transfiere el dominio sin el requisito de la entrega, lo cual constituye por sí solo una verdadera especificidad por la sencilla razón de que en este sistema jurídico el dominio, por su propia naturaleza, se inicia con la posesión por el solo pacto no se pierde, sin la entrega (55) de esa forma la donación regia es más rápida que la de los particulares, en cuanto a la transmisión del dominio.

3) Se deduce del anterior, pues cuando se hace donación a dos personas de una misma cosa, se prefiere al primero en el tiempo, y queda preferido el segundo, aunque éste entrara primero en la posesión.

4) Si la donación regia debe considerarse perfecta desde el momento de su concesión es cuestión dudosa para Antúñez (56) pues se limita a decir que hay

quien afirma que no tiene que recogerse en escritura y es suficiente la prueba de testigos (57), así como por el contrario hay quien opina que esta donación no es perfecta mientras no se expidan escritura y pasase por Cancillería.

5) Cuando se afirma que las donaciones regias son perfectas en cuanto a su sustancia por la misma palabra con que son hechas por el rey, ello implica que una vez hechas por el rey, no puede éste revocar esa gracia ni tampoco añadir a esa donación perfecta ninguna condición gravamen o modo; salvo que exista una causa de interés público. En realidad, para Antúnez, la pregunta de cuándo se considera perfecta la donación hecha por el rey, en principio sería una cuestión que no debería plantearse, porque la gracia está en la boca del príncipe y en el mismo momento que el rey dice "hágase" ya sería perfecta (58).

6) Normalmente a las donaciones regias les es necesaria la aceptación, pero ésta se entiende que existe, ya que la concesión de honores y dignidades regias no se practica a diario y todo caso, sino que siempre responde a una petición. Sin embargo si llevan aneja una carga o gravamen es necesaria la aceptación expresa.

c) En Cuanto a las Consecuencias

1) En las donaciones regias y en las concesiones del príncipe en que dan fundamento para acrecentar el derecho, cosa que no sucede en los contratos.

2) Aunque -en las alternativas de deudores es posible la elección, en las donaciones regias la alternativa se concede no al que da sino al que recibe.

3) En cuanto si se da en este tipo de donaciones la evicción contra el donante, se parte del principio de que el donante dona el derecho que tiene sobre la cosa donada y el rey no está obligado respecto a la evicción, en cuanto que no se duda de su convicción de poseer en Derecho lo donado.

También afecta a consecuencias el caso contemplado en el punto cuarto de los referentes a los sujetos.



I.2. DONACIONES REGIAS DE BIENES DETERMINADOS

Al abordar este punto se plantea ya con toda nitidez la confusión que existe en Antúnez de Portugal, entre los sentidos correspondientes a las voces de "donación" y "concesión". Una interpretación lineal y abrupta de su obra podría llevarnos a concluir que no distingue entre ambas voces, o bien que desconoce la segunda. Pero no es así.

Nos encontramos una vez más en presencia de un fenómeno jurídico medieval típico, que pervive en Antúnez, la utilización de un solo y único título para la transmisión de derechos de naturaleza jurídica muy diversa. La racionalización desenvuelta desde la recepción del Derecho común, tendió a establecer títulos específicos para la naturaleza de cada derecho transmitido. En el caso de la donación medieval, fue especialmente cuando la practicaban los reyes un título (*magnum est titulum donationis*, rezan los formularios de la época, en todas partes) que albergó innumerables derechos transmitidos con naturaleza constitutiva heterogénea, desde la propiedad de la tierra o casa, al ejercicio de un mercado o la condición de legitimidad. Y así bajo la voz "donación" se recibieron bienes concretos o se disfrutaron derechos concedidos por tiempo en modo determinados. Si en virtud del proceso

posterior de transformación del léxico jurídico. se restringió "donación" a ser un título por el que se transmitían bienes determinados y se habló de "concesión" para señalar el título por el cual se permite disfrutar de derechos cedidos por el poder soberano, es claro que el vocabulario de Antúnez no recibió semejante cambio y siguió anclado en modo coloquial jurídico de la Edad Media, lo que le permitió albergar bajo un solo título, "donación", lo que realmente serían "concesiones" además de donaciones, según el lenguaje de los juristas más modernos. Ello por otra parte no implica que él no distinguiese esas naturalezas, aun cuando las aloje en un solo título.

Por ello en este punto reunimos las concesiones y donaciones que Antúnez estudia, de entre las que los reyes pueden practicar, no sólo de cosas (propriadamente donación para nosotros hoy) sino también de bienes y situaciones no corporeizables sobre objetos concretos del Derecho, que entrarían más bien en el espacio que hoy rotularíamos como "concesiones". Abrir un epígrafe con esa denominación significaría quebrantar los conceptos de Antúnez para introducir sistemáticas y dogmas de otros tiempos, ajenos a su mente. Así pues plantearemos dos grandes vías para el uso del término donación, en

cuanto título para transmisión de cosas y en cuanto  
título para adjudicación de situaciones.

#### 1.2.1. DONACION COMO TITULO PARA TRANSMISION DE COSAS

Los aspectos tocados por Antúnez con referencia a este cuestión son principalmente la posibilidad de donar las cosas que simbolizan la potestad regia y las de entregar del mismo modo ciertos bienes que, o bien son muy significativos económicamente (minas, puertos, vías públicas, palacios, tesoros, salinas, etc.) o plantean problemas previos respecto de la legitimidad con la que pudieron ser adquiridos por la Corona (confiscaciones, expropiaciones a los suicidas, *ab intestato*, etc.) lo que obliga a Antúnez a plantearse casi siempre la naturaleza jurídica de cada una de tales situaciones como cuestión previa a su donación. Cabe añadir que esta temática está tratada por Antúnez con mucha mayor referencia a la legislación vigente en su país, que a la literatura jurídica, fuente que, otras partes de su obra

le inspira, sin lugar a dudas, con preferencia a esa legislación.

I.2.1.1. Donación de Bienes Significativos e Importantes

*a) Símbolos Regios. Palacios*

Según Antúnez las insignias reales pertenecen a los "derechos propios de los reyes" y son principalmente la Corona, el cetro, el solio o trono, la espada y las vestiduras de color púrpura. Estas insignias simbolizan la suprema potestad invisible existente en el "cuerpo político" o la persona política del rey y nuestro autor entiende que no pueden transferirse a otro dichas insignias precisamente por integrar ese "cuerpo" o "persona" política de su dignidad. Su inseparabilidad le obliga a conservarlas al propio Rey, para no perder su autoridad. Es de destacar la coincidencia entre las tesis de Antúnez en este sentido y las conclusiones a las que llegan investigadores modernos como García

Pelayo, Schramm y Luis García de Valdeavellano (59) que sin embargo, no han usado de Antúnez como fuente.

En cuanto a los Palacios, si bien Antúnez sigue literalmente la legislación portuguesa y nos recuerda que los palacios del concejo son establecidos en cualquier ciudad o villa para hacer justicia, siendo pues cosas que pertenecen a las regalías, no deja de realizar algunas precisiones teóricas un tanto ingenuas, como cuando alega que los palacios de los príncipes no deben unirse con las paredes de los particulares, para que no se enteren éstos de los secretos de los príncipes o, porque debido a la vecindad, puede acontecerle alguna desgracia al príncipe. En ellos solamente pueden habitar aquellos a quienes el príncipe se lo permite de forma especial. Aquél a quien se le ha concedido habitar en un palacio no puede abandonarlo y elegir a su capricho las casas de los particulares, por la sencilla razón de que los habitantes están obligados a la conservación de los palacios.

Los palacios de los príncipes gozan de inmunidad, de tal manera que los delincuentes no pueden ser sacados de ellos, a no ser, con una autoridad especial del príncipe, o porque son acusados de un crimen de ataque; pues donde está el príncipe debe reinar la seguridad, no

el temor, a no ser el vano, del que no es protegido el miedoso. Por esta razón, los que ofenden a alguien en el palacio del príncipe son castigados con pena capital. Concluye Antúñez afirmando que cuando se dona un territorio donde existe un palacio no se entienda que se done la jurisdicción ya que ésta constituye una regalía y si no se hace de forma expresa la donación se entiende que no ha sido donada.

b) *Molinos*

Se plantea Antúñez la cuestión de si los molinos pertenecen a las regalías y nos indica que aunque son varios los autores que enumeran los molinos entre las regalías, sin embargo, lo más verosímil es que los molinos no pertenezcan a las regalías. Pues cualquiera puede edificar libremente un molino, tanto en el río privado como en el público, e, incluso, en el navegable sin licencia del príncipe, siempre que la estancia o la navegación no se deteriore. Además, porque el edificar y el tener un molino no es un acto de jurisdicción, sino de dominio.



La construcción de un molino es facultativa. Esta facultad consiste en una libertad natural que no es de naturaleza privada, sino pública. Y no parece que pueda perderse pues si perece la libertad perecen las demás cosas.

Pero a su vez nos recuerda que como el discutir de la potestad del príncipe es casi un sacrilegio, no puede negársele al príncipe derecho a incautarse todos los molinos que existen en su territorio e impedir a los súbditos la construcción de otros. Conforme a esa regla puede prohibir que nadie construya molinos u hornos, incluso en sus feudos, y el que usen de otros molinos u hornos distintos de los del príncipe. Tal derecho de prohibición forma parte de las regalías, por la sencilla razón de que solamente el príncipe puede prohibir el que alguien use de sus cosas, de lo que es común o de una facultad natural.

De todo ello se deduce que el príncipe puede donar el derecho de prohibir los hornos y los molinos, y también se plantea la cuestión de cuál es el régimen aplicable cuando el príncipe concede a alguien un castillo con molinos u hornos, siendo dudoso para Antúñez que el concesionario pueda prohibir a otros el tener molinos u hornos. Si bien parece lógico que los

dueños de las tierras y los donatarios puedan establecer el que sus súbditos no vayan a otro lugar a moler o a cocer los panes, más que a sus molinos y hornos, el dueño de un lugar que tiene un molino o un horno, no puede prohibir a los hombres que vayan a donde siempre fueron, ni el que los hombres vayan a otro distinto. Todos los doctores sostienen que tal regla procede aunque los hombres hayan ido durante un tiempo inmemorial al molino o al horno del dueño de los vasallos o de cualquier otro, y puesto que ir al molino o al horno de otro es facultativo, la prescripción no procede, aunque se haya ido durante mil años. Además, este criterio no permite que se constituya una obligación en contrario para el futuro, puesto que en las acciones facultativas no es procedente la prescripción.

Del mismo modo, aquella ciudad, que no reconozca superior y posea molinos y hornos, no puede obligar a los ciudadanos a que acudan a los molinos de la comunidad y prescindan de los privados. Tal prohibición no tendría validez, tanto si el estatuto de la ciudad priva de esta facultad directamente, como si lo hace de forma indirecta.

c) *Puertos y Vías Públicas*

Los puertos son públicos al igual que los ríos y por lo tanto se incluyen, para Antúnez, dentro de las regalías en cuanto principio general, y siguiendo para su régimen como en la mayoría de estos temas a la legislación portuguesa (60). Sin embargo no deja de recordar que otros autores opinan cómo el elemento esencial de las regalías viene dado por las rentas o impuestos que se cobran por el derecho de anclaje o lo que se denomina *portorium* (61).

En cuanto a las vías públicas; son consideradas por él en principio como regalías, aunque entiende que respecto de una vía pública deben manifestarse algunas consideraciones pues existen tres clases de vías, la pública, la privada y la vecinal. No solamente se camina de forma pública por la vía pública, sino que también por las vías privadas se anda públicamente. Aunque una vía se llame pública, solamente es de público uso en ella lo establecido y dejado para tales fines por aquél que tuvo el derecho de autorizar el que por ella se circulara públicamente.

Se llama también vía pública a aquella que nace de una vía pública y conduce a otra vía pública. Además se llama vía pública la que, siendo vecinal, no existe la memoria entre los hombres de cuándo fue constituida como vecinal y es costumbre el que todos caminen por ella, siempre que no conste que fue hecha para la recolección de los campos privados. También hay que advertir; que lo mismo que las vías públicas pueden ser donadas por el príncipe, una vez concedida la jurisdicción y el territorio, se consideran concedidas las vías públicas. Las vías públicas son de aquél que es el territorio. Por esto, los barones que tienen el mero y mixto imperio pueden conocer válidamente de los delitos cometidos en la vía pública.

Se llama vía vecinal a la que conduce a las aldeas o está en las aldeas, y así consta desde que fue hecha. Esta es una vía privada que puede ser vendida o cerrada, pero si no existe memoria de por qué fue hecha, aunque no sea de suyo pública, se considera pública. De menor entidad es el empedrado o vía menor construida con piedras vivas y cabe añadir que en las vías públicas no se deben verter estiércoles, animales muertos, escorias, algo fétido o torpe, como las odres en las que estaba el vino fétido.

Respecto de los bienes públicos de la ciudad destinados al uso común de todos, dijimos anteriormente que el príncipe podía donar, o de cualquier otra forma enajenarlos. Pero eso, conviene advertir que el príncipe no puede según Antúnez enajenar los bienes de la ciudad, cuyo uso no es común de forma perpetua, sino que pertenecen al patrimonio de la ciudad, lo mismo que sus rentas; pues aunque el príncipe posea la máxima capacidad de disposición de todas las cosas y la suprema potestad, sin embargo, no posee el dominio en particular de cada una de las cosas de los súbditos. Ni puede, aun una causa justa, privar a los súbditos del dominio de sus cosas. Por eso no tendría validez la enajenación hecha por el rey de dichos bienes de las ciudades.

Concluye Antúnez recordando (respecto de los distintos derechos que se pagan a los reyes por el tránsito de las vías) que si el príncipe hiciera donación del territorio con sus pertenencias y vías, esos derechos pertenecen al donatario: no por esto se considera perdida la facultad del rey de conceder los privilegios de exención de aquellas prestaciones que sean exigidas por los dueños de los lugares.

d) *Salinas*

No vamos a entrar (sería romper la estructura de nuestra exposición) en el análisis o resumen de la cuestión salinera; de tan vital importancia en los nudos económicos de la Edad Media (62). Pero sí, al menos hemos de recoger el hecho de que, después de una abundante explicación de en qué consiste la importancia de un bien como la sal y su utilidad para el hombre, Antúnez nos diga que las salinas existentes en un lugar público pertenecen en su totalidad a las regalías, con la excepción de aquellas salinas que fueron construidas en un solar privado, o que ya existían allí anteriormente, pues éstas pertenecen al particular propietario del terreno.

Frente a las normas legales de Portugal y Castilla por las que se permite la existencia de salinas en manos de particulares, nuestro autor nos recuerda que siempre se han de exigir determinadas condiciones como son que la sal no podrá ser vendida al enemigo y el rey tendrá preferencia sobre cualquier comprador al demandar tan preciado bien, igualmente el rey podrá prohibir la venta de sal al particular que no estime de su agrado.

También el monarca puede ceder a particulares la venta de sal de salinas consideradas públicas y Antúnez nos informa que de hecho ésta fue una práctica muy usual (63).

**e) Minas. Tesoros y Piedras Preciosas**

Las minas son consideradas por nuestro autor junto con las vetas de metales como bienes de utilidad pública, pero si las minas han sido halladas en feudo privado los metales pertenecerían al dueño del feudo. Recuerda Antúnez que según la legislación portuguesa el que descubre una mina, o minerales, en feudo ajeno está obligado a pagar una décima al dueño del feudo y otra al fisco. Pero si la mina ha sido descubierta en un lugar público, el descubridor está obligado a pagar esas dos décimas al fisco y además se dispone de forma general que el descubridor de las minas, tanto si las descubre en un feudo privado, como si las descubre en un lugar público, está obligado siempre por obra del derecho regio a pagar la quinta parte de los metales al fisco sin ninguna deducción de expensas.

Hay que observar, finalmente, que lo mismo que el rey puede donar las regalías menores, así también puede donar las minas de los metales. Pero no se consideran incluidas en cualquier donación general, si es que en ella no se indica este aspecto de forma expresa.

En cuanto al tesoro Antúñez lo define como "una cierta cantidad de dinero antiguo, del que no existe memoria" y por tanto se considera como dominio de nadie. Cuando el dueño del feudo encuentra un tesoro en un lugar propio y privado, ya sea de forma fortuita, ya sea después de buscarlo, entonces adquiere para sí el tesoro en su integridad. Pero si alguien encuentra un tesoro en un feudo ajeno privado, el tesoro así hallado se reparte entre el que lo halló y el dueño del feudo, adquiriendo cada uno la mitad del tesoro. El que halla un tesoro en un feudo ajeno, ya haya sido con esfuerzo, ya de forma fortuita, está obligado en el foro de la conciencia a restituir parte del tesoro al dueño del feudo, aunque sea ignorante de su existencia. Nos advierte Antúñez que al no existir nada establecido sobre los tesoros en el reino de Portugal, los tesoros pertenecerán a las regalías solamente en aquellos casos en los que todo, o al menos la mitad, de ese tesoro pertenecen al príncipe según el derecho común. En los casos en que alguien ocultase un tesoro que perteneciese



al fisco será castigado con la pérdida del tesoro y otro tanto. Con lo dicho queda ya claramente explicada la cuestión de los tesoros.

Cuestión análoga a la del tesoro, es la cuestión de las piedras preciosas, de las gemas y de otras cosas semejantes halladas en los litorales, las cuales nunca han pertenecido a nadie, por lo que se hacen propiedad del primer ocupante. Se puede afirmar que las cosas que no fueron bienes de nadie, y que han sido halladas en el litoral, no pertenecen al rey, porque aunque exista diferencia entre las piedras preciosas, las gemas y las perlas, sin embargo, existe la misma causa para su adquisición.

**f) *Bona Vacantia***

También para Antúnez los bienes vacantes se cuentan entre las regalías y pertenecen al príncipe. Define los bienes vacantes en sentido estricto como aquellos pertenecientes a quienes mueren sin testamento y carecen de heredero legítimo, tanto en línea ascendente, como en descendente o colateral de consanguinidad, o de quienes

puedan sucederle en virtud de cualquier otro derecho, o que tengan algún derecho sobre los bienes.

No solamente pertenecen al fisco los bienes vacantes por tales supuestos, sino todos los que en sentido amplio son realmente vacantes y no tienen dueño. Los textos legales hablan simplemente de bienes vacantes sin esa distinción y los adjudican a las regalías y, así habrá que interpretar, por lo tanto, que se legisla sobre los dos supuestos, estricto y amplio de todos los bienes vacantes, cualquiera que sea el modo por el que hayan adquirido tal condición, puesto que si la ley habla de una manera general, hay que entenderla también de forma general.

El tema de los *bona vacantia* recibirá además en la doctrina de Antúnez, un tratamiento más particularizado al tocar (en el punto siguiente) la donación de cosas adquiridas por terceros.

#### I.2.1.2. Donación de Cosas Adquiridas por Terceros

##### *a) Por Causa de Delitos*

Nos enumera Antúnez todos aquellos delitos que según la legislación portuguesa llevan consigo la pena de confiscación de bienes, y éstos son: Además del delito de lesa majestad divina y humana:

Primero, se impone la pena de confiscación con relegación a aquél que abre las cartas enviadas al rey, en las cuales se trataba de la custodia del rey, de la reina o del príncipe, si no revela el secreto. Segundo, incurre en la pena de pérdida de bienes el escribano que en la subscripción omitió escribir algo perteneciente a la sustancia del rescripto, del privilegio o la donación, lo cual debe firmar el rey con relegación perpetua. Tercero, a los que acufan moneda falsa. Cuarto, a los que cometen el nefando pecado de la sodomía, aunque tengan ascendientes o descendientes. Quinto, a aquél que convivió carnalmente con una mujer que vive en el palacio del rey, de la reina o del príncipe. Sexto, a los que viven en concubinato se les

castiga con la pérdida de la cuadragesima parte de sus bienes. Séptimo, a los alcahuetes se les castiga con la pérdida de los bienes. Octavo, a los asesinos. Noveno, aquél que mata a otro con un escoplo menor de cuatro palmos. Décimo, el que intencionadamente daña a otro en el rostro o mandó herir a otro. Undécimo, al que mata a su dueño traidoramente. Duodécimo, al que ante el rey, o en su palacio, hiere a otro. Si desenvaina la espada en el palacio, o ante el rey, aunque no daña a nadie, pierde la mitad de sus bienes. Decimotercero, incurre en la pena de pérdida de bienes el que incita a otro a duelo, en virtud del mismo derecho.

Una vez declarados confiscables los bienes de alguien, se deben confiscar los bienes inmuebles, los muebles, los derechos, las acciones, porque todo esto se incluye en la simple apelación de bienes. Pero si alguien fuese condenado por sentencia a la pérdida de bienes muebles e inmuebles. Pero como las penas deben interpretarse en un sentido estricto, en la confiscación de los bienes muebles e inmuebles no se pueden incluir los derechos y las acciones.

**b) Confiscación**

El derecho de confiscar pertenece a la máxima autoridad y lo incluye Antúnez dentro de las regalías mayores, correspondiendo a los reyes en razón del máximo dominio y dignidad. El derecho de confiscar pertenece solamente al príncipe que no reconoce superior y a aquellos que ejercen la máxima administración. El príncipe no puede enajenar, ni donar, este derecho. Pero así como no puede donar el derecho de confiscación el príncipe, sí puede donar el derecho de hacer las confiscaciones, e incluso venderlo.

Pero esto según Antúnez ha de entenderse en el sentido de que si se puede donar el derecho de confiscación, es para que los bienes confiscados sirvan de provecho, una vez que, mediante sentencia, las confiscaciones hayan sido sentenciadas; pero no antes de la sentencia, según la legislación portuguesa se establece que nadie puede obtener del príncipe los bienes confiscados antes de la sentencia.

c) *Bienes de Delincuentes*

Recoge la legislación portuguesa los relativos a los bienes de los delincuentes, condenados, o proscritos y dispone que los bienes que dejan los condenados que no han sido adjudicados a la parte, o a algún otro uso, pertenecen a las regalías, aunque las penas hayan sido impuestas de forma simple y no hayan sido expresamente aplicadas al fisco (64).

También se indica que los bienes de los delincuentes pertenecen al fisco regio, a no ser que existan ascendientes o descendientes hasta el tercer grado, pero determinados delitos como la sodomía o el de lesa majestad, se impone la confiscación porque el rec hace a los hijos y nietos infames e inhábiles.

Solamente en el caso en que no se pierda la vida, el estado o la libertad y sea impuesta la pena de confiscación de modo expreso según el derecho común, los bienes no se aplican al fisco, sino a los descendientes hasta el infinito, pero cuando no existen descendientes estos bienes pasan al fisco.

El legislador portugués establece la regla de que en el caso en que alguien pierda los bienes lo debe

sufrir por disposición de alguna ley real, no por condena, sino porque la ley así lo determina de forma expresa y, una vez seguida la condena, los bienes deben expropiarse según la forma de la ley, aunque existan ascendientes o descendientes, a no ser que la ley disponga otra cosa acerca de esos bienes. Opina Antúnez que esta norma se desorbita y va en contra de la opinión general y la costumbre de todo el orbe, según la cual, exceptuados los dos crímenes de lesa majestad, de la divina y de la humana, si existen ascendientes o descendientes no hay lugar para la confiscación.

Antúnez se plantea diversas cuestiones relacionadas con la trascendencia de la confiscación.

A) ¿En la confiscación de los bienes del hijo de familia debe incluirse también la legítima en vida del padre, el peculio que le sobrevenga y el que pueda obtener?

Antúnez se inclina por la respuesta negativa, según la cual la legítima del hijo delincuente no debe ser incluida en la confiscación mientras viva el padre, y argumenta: Primero, que la legítima no se les debe a los hijos mientras viva el padre, ni es considerada como tal hasta que no muere el padre. Segundo, que la legítima, en vida del padre, no se considera propiamente

debida, sino cuasi debida. Por eso cuando se trata de ella parece que se busca el lucro. Tercero, que el hijo, mientras vive el padre, no tiene formado un derecho invariable y radical sobre la legítima, de tal manera que la pueda ceder o vender válidamente. Luego, si se confiscan los bienes del hijo mientras vive el padre, no se puede confiscar la legítima, ni el derecho, ni la esperanza que le compete al hijo respecto a ella.

B) ¿Al confiscarse los bienes del usufructuario, se confisca también el usufructo, teniendo en cuenta que aquí no hablamos del usufructo en razón de la patria potestad, sino del usufructo dejado o adquirido mediante contrato?. En ello nos indica que el usufructo no se incluye en la confiscación, porque, solamente pasa al fisco lo que puede pasar a herederos extraños y el fisco, cuando sucede al delincuente, es considerado como un extraño, pero como el usufructo es personal, no pasa al heredero, luego tampoco puede pasar al fisco.

C) ¿Cuando se confiscan los bienes del hijo de familia se confisca el peculio castrense o cuasicastrense?.

Nos recuerda Antúnez antes de entrar en la cuestión, que debemos considerar peculio castrense: todo aquello que el hijo adquiere con ocasión de pertenencia



al ejército, ya sea en los campamentos, ya sea fuera de ellos, todo lo que se da al que va a la guerra, tanto por los padres como por los amigos, y que es necesario para la milicia. También la herencia de la esposa dejada al marido por causa de la guerra, lo mismo que la herencia del primo o del camarada dejada a otro camarada, siempre que el "primo" o el camarada luchen en la misma provincia, o se lo dejen por causa de la guerra, también el esfuerzo de la peregrinación y la unión de intereses entre los compañeros y caminantes crean un efecto, pues mutuamente los camaradas se hacen más amigos. Pero si otro pariente no perteneciente al campamento, o la esposa lega algo al hermano, "primo" o amigo con el cual nunca compartió la milicia, lo legado no pertenece al peculio castrense, la sangre y no la milicia es la causa para que se conceda la herencia. Por tanto, lo que el padre dona al hijo después de volver de la milicia no pertenece al peculio castrense. Tampoco lo que lega la mujer, un pariente u otro que no sea compañero de milicia pertenece al peculio castrense, aunque expresamente se haya dicho que lo legado se tenga como peculio castrense. También se consideran pertenecientes al peculio castrense las cosas compradas con las cosas donadas por la milicia (65). Para contestar a esta cuestión, dado que existen muchas y variadas

respuestas, pues tanto abundan las afirmativas como las negativas. se inclina nuestro autor por las afirmativas y nos las argumenta con lo siguiente:

Primero, que el hijo puede enajenar el peculio castrense mediante contrato, porque tiene sobre él el dominio total y plena libertad de administración, considerándose respecto a este peculio como un padre de familia. Pero todo aquél que puede enajenar mediante contrato, puede también enajenar válidamente delinquiendo. Por el delito el hijo cuasi-contrae con el fisco.

Segundo, según el principio de derecho que establece que cuando se confiscan los bienes de alguien, se confiscan todos sus bienes propios, considerándose todos confiscados, también aquellos en los cuales el reo condenado tiene algún derecho, al menos respecto al mismo derecho. Es así que el peculio castrense es propio del hijo, luego debe incluirse en la confiscación.

Tercero, que según el derecho "mas nuevo", el hijo de familia que muere sin testamento tiene heredero en el peculio castrense, por lo que el padre ya no le ocupa en razón del derecho de peculio, sino porque le sucede en él como verdadero heredero. En esto consiste el fundamento principal de la parte contraria: en que el fisco

sucede en lugar del heredero. Al fisco, como heredero del hijo de familia, le corresponde confiscar su peculio castrense (66) todo lo dicho afecta también respecto al peculio cuasi-castrense, que es el de los hijos de familia magistrados, patronos, abogados, profesores y maestros de las artes liberales; lo que no adquiere de los estipendios públicos o por el ejercicio de un oficio público, cuyo peculio es cuasi-castrense, y también lo que los médicos y notarios adquieren. Este cuasi-peculio castrense lo adquieren los hijos, tanto en virtud del derecho antiguo como por el nuevo, del cual pueden disponer libremente como si se tratara de una cosa propia, sin tener ninguna relación con la patria potestad. El hijo, respecto a este peculio, es considerado como padre de familia.

D) ¿Se les debe conservar la legítima a los hijos cuando al padre de padre se le confiscan los bienes? ¿El derecho a heredar y la herencia no adquirida pasan al fisco?.

En los casos de lesa majestad divina y humana no hay duda, pues al confiscarle los bienes al padre herético o al reo de lesa majestad, los hijos quedan privados de la legítima, de tal manera que el fisco no

está obligado a dar a los hijos del herético lo necesario para alimentos, si a los del reo de lesa majestad.

Dice Antúnez que si bien en diversos autores la controversia es grande, la legislación portuguesa establece que salvo por esos delitos la legítima no debe ser confiscada y tampoco el derecho a heredar, ya que es algo personal inseparable de la persona e inherente a ella.

E) ¿Si el hijo de familia ha sido condenado por un delito a la pena de muerte y confiscación de los bienes y después muere el padre, con o sin testamento, al pasar los bienes al hijo, puede el fisco pretender algo de los bienes, al menos en lo que afecta a la legítima?. La doctrina se inclina en contra del fisco. El hijo condenado o deportado con la confiscación de los bienes es considerado como muerto y no se considera existente en la naturaleza; por lo que el fisco no puede reclamar la legítima en su nombre. La razón está en que este hijo se considera como muerto ante el padre. Lo que se prueba porque al hijo no se le debe la legítima en vida del padre, a no ser de una forma condicional ante la posible muerte futura del padre ante el mismo, pero los derechos condicionales no se incluyen en la confiscación. Por esta razón, si el padre muere después

de haber sido condenado el hijo, y muere con testamento, le corresponde la herencia al otro heredero nombrado, pero el fisco no puede tener ningún derecho a la herencia del padre (67).

F) ¿Al confiscarle los bienes al marido por un delito, se confisca también la dote y los demás bienes de la esposa?.

Esta cuestión se responde de forma clara y contundente por Antúnez con los siguientes argumentos (68):

Al confiscarle los bienes al marido por un delito cometido por él mismo no se confisca la dote, ni los demás bienes de la esposa y por el contrario si se confiscan los bienes de la esposa tampoco se incluye en la confiscación los bienes del marido; no solamente los que les corresponde por ley, sino también los que le corresponden por costumbre o por pacto al marido o a la esposa incluso en caso de herejía.

Todo ello debido a que el delito del marido no debe dañar a la esposa en su dote, ni un hecho del marido obliga a la dote de la esposa, con excepción de la causa principal. Ni debe ser castigado uno por otro allí donde el derecho no lo especifica, hasta el punto que

una vez ejecutada la condena del marido, la mujer puede reclamar su dote y sus bienes, incluso una vez confiscados, la misma esposa, puede hacerse cargo de la dote y de los bienes propios con la propia autoridad.

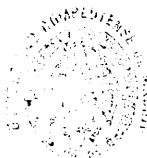
A la esposa se le debe conceder la recuperación de la dote aunque los bienes del marido no se configuren siempre que el marido haya sido condenado al exilio perpetuo. Además, la esposa podrá pedir los intereses de la dote a partir del momento en que el marido ha sido colocado en la miseria y también se puede oponer para conservar su dote, a la ejecución llevada a cabo por los acreedores del marido.

Todo esto sólo hace referencia a la dote realmente entregada y enumerada de forma fehaciente, en cuanto a las arras el fisco la restitución la debe hacer en el tiempo establecido en el contrato, es después de la muerte del marido y la mujer sobreviva.

G) ¿Se incluyen los derechos personales en la confiscación?

La respuesta de Antúnez es contundente y muy breve:

"Los derechos personales que son inherentes a la persona, no pueden ser confiscados, ya que no son trans-



mitibles a los herederos ni pueden ser cedidos, ni pasar al fisco" (69).

Pero plantea el caso del derecho a elegir sucesor, que es un derecho personal y manifiesta Antúnez que el serle confiscados todos sus bienes al condenado pasan también al fisco la obligación y el derecho de elegir.

Según la legislación portuguesa los bienes de quienes contraen nupcias incestuosas deben ser confiscados y aplicados al fisco, por ello pasan a las regalías.

#### d) *Incestos*

Aclara Antúnez el concepto de incesto (70) puede ser de derecho de gentes y de derecho civil. Se llama incesto, según el derecho de gentes, a la unión que se da entre los padres y los hijos u otros descendientes; o entre los afines que ocupan el lugar de los padres o de los hijos; como entre el suegro y la nuera, entre la suegra y el yerno, entre el padrastro y la hijastra, entre la madrastra y el hijastro. Hay incesto, según el derecho civil, cuando entre los consanguíneos y los afines se realizan convivencias o se contraen nupcias.

Y aunque, según el derecho canónico, dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad está prohibido contraer nupcias; sin embargo, la ley regia portuguesa retrasa la pena de confiscación de los bienes hasta a aquellos que contraen nupcias incestuosas con los ascendientes, descendientes en infinito y aquellos que contraen con los consanguíneos y afines dentro del segundo grado, haciendo la computación según el derecho canónico. La pena de confiscación no incluye a los consanguíneos y afines más allá del segundo grado que contraen nupcias.

Puesto que se incurre en la pena de confiscación de virtud del mismo derecho, a partir del día de las nupcias los contrayentes quedan privados del dominio de sus bienes. No se requiere la sentencia condenatoria del juez, aunque sí se requiere la declaratoria del hecho. Es necesaria la citación de la parte para la sentencia declaratoria del hecho. De tal manera que, aunque no se admita la apelación de la pena, sí se puede apelar de la sentencia declaratoria en cuanto a ambos efectos.

Lo que se ha dicho sobre la pena de confiscación de los bienes debe entenderse, para que proceda, en el caso de que los que contraen nupcias incestuosas no tengan



hijos legítimos. Porque si sobreviven hijos de un matrimonio legítimo anterior, los bienes no pasan al fisco sino a los hijos legítimos.

Los hijos incestuosos son separados totalmente de la herencia de los padres y no pueden conseguir nada de ella, ni siquiera por causa de los alimentos.

También comete incesto y será condenado a muerte el que deshonra a una monja.

Igualmente si el hijo comete el incesto con la propia madrastra o con la concubina del padre retenida en casa, puede ser desheredado por el padre e igual la hija que cohabita con el marido de la madre o con el concubino (71).

e) *Indignos*

Recoge Antúnez los diversos supuestos de indignidad.

Parte del principio que indigno es aquél a quien la ley declara tal. Primero se considera indigno al heredero que no venga la muerte del difunto, al que el fisco

le quita la herencia. Pues es misión del heredero vengar la muerte del testador, de tal manera que si lo omite se considera que de algún modo desprecia al difunto y comete un crimen de ingratitud, por lo que es considerado indigno de la herencia, se refiere a recurrir por vía jurídica no a tomarse la justicia por su mano.

Pero advierte Antúnez que, para que el heredero sea considerado indigno es suficiente con que se haga cargo de la herencia sin resolver la cuestión de familia, si se considera que el dueño fue asesinado por ella. Porque al tomar posesión antes de resolver la cuestión familiar se presume que por el beneficio propio la familia ocultó el crimen. Por eso el heredero se hace indigno. Lo mismo habrá que decir si el testador, no por la familia, sino por otro, claramente y por la fuerza, fue asesinado; porque entonces el heredero no debe tomar posesión antes de que sea vengado el ultraje del difunto. Pero en el caso en que después el heredero no sea el vengador de la muerte del difunto, se le debe quitar la herencia por indigno.

Segundo. Se considera también indigno al que asesina al descendiente del testador difunto, con quien está vinculado por lazos de sangre, con el fin de

privarle de la sucesión. Referido esto a la sucesión sin testamento, no de la testamentaria, porque si el difunto hubiera instituido heredero al asesino una vez muerto el descendiente, no sería considerado indigno.

Tercero. Es también indigno el que, después de la muerte del testador, cohabita con la esposa, hija, madre o hermana. Es cuando el heredero ha convivido con dichas personas en vida del testador. Lo mismo habrá que decir si ha cohabitado con la nuera del testador, ya que es considerada como una hija. Lo dicho ha de entenderse de la esposa del difunto, para que proceda respecto a la viuda de aquél de cuya herencia se trata; puesto que si la esposa se casa por segunda vez y el heredero o legatario cohabita con ella, no se hacen indignos de la herencia del matrimonio anterior.

Cuarto. Es indigno aquél que asesina al hijo, al padre o a la esposa de aquél de cuyos bienes se trata; por eso el fisco le debe quitar la herencia.

Quinto. Es indigno aquél que declara indigno al testador; aunque esta declaración no impida al heredero tomar posesión de la herencia, sin embargo, es suficiente para que el fisco le quite la herencia por indigno. Es suficiente con que se haga esta declaración en una disposición imperfecta. Como cuando el testador

comienza a disponer pero no puede terminar, porque si consideró al heredero indigno, el fisco le podrá quitar la herencia. No es necesario que el testador exprese la causa de la indignidad, ya que es suficiente con que se deduzca de aquellas palabras con que el testador fue ofendido para que el fisco pueda.

**Sexto.** Es indigno aquél que prohíbe a otro hacer testamento, por lo que se le quita la herencia por indigno y pasa al fisco: lo mismo sucede si lo que se prohíbe es el cambio de testamento, o si se coacciona al testador con miedo o por la fuerza, para que disponga de otro modo sobre la herencia.

**Séptimo.** Es indigno el que ha acusado al testador de falsedad: porque, si pierde la causa, queda privado de la herencia que le ha sido concedida, o del legado, pasando ambos al fisco. También es indigno el que dice que es falso el testamento en el que ha sido instituido su hijo o siervo; o el que presta al acusador. O si existe un fiador del que acusa de falso al testamento, o si interviene como abogado en la causa.

**Octavo.** Será indigno el hijo emancipado que tomó posesión de los bienes en la forma que el viejo derecho romano denominó "contra de las tablas", porque de este modo impugna el criterio y la voluntad del padre, por lo

que queda privado de todos los beneficios que le correspondían según el criterio del padre, y pasa todo al fisco.

Noveno. Se hace indigno el que mueve una controversia sobre el estado del testador, por ejemplo, si dijera que no fue o que no era libre, sino esclavo, o que no era casto, sino libertino; a éste, por indigno, se le priva de lo dejado. También es indigno el que hace al difunto reo de un delito grave.

Décimo. Son indignos aquellos que, mientras esperan la sucesión de algún viviente, pactan o contratan sobre la herencia, con ignorancia de aquel que es dueño de los bienes; porque la certeza de la herencia es nula sin el asentimiento del viviente. Si después la herencia pasa a los pactantes, éstos quedan privados de ella y se aplica al fisco.

Undécimo. Es indigna la esposa que, con ignorancia del esposo, comete adulterio, porque si hubiere sido instituida heredera del esposo o le sucediera sin testamento, el fisco le quitaría la herencia por indigna.

Duodécimo. El que asesine al legislador que le deja como heredero, puede ser indigno o incapaz según

los autores pero Antúnez se inclina por la indignidad argumentando que es la opinión más común y el fisco le arrebataría la herencia.

Decimotercera. Igualmente ocurriría con el legatario que asesina al testador y se consideraría indigno; aunque advierte Antúnez que el legado puede quedar revocado por enemistad cosa que no ocurre con la herencia.

Si el legatario se hace indigno después de la muerte del testador no se revoca el legado, hay diferencias entre la indignidad que se contrae en vida del legislador y entre la que contrae el legatario después de su muerte, en la primera el legado se considera revocado por derecho y pasa al heredero pero en la segunda el legado no se revoca sino que se lo queda el fisco.

Decimocuarta. Se hace indigno el magistrado, el presidente o el prefecto que en la provincia en que ejerce su oficio contraen matrimonio con una mujer nativa o que no tiene ahí su domicilio y le está sometida, en el sentido de que no puede retener lo legado por la esposa, porque, por el derecho civil, ni el magistrado ni el presidente pueden contraer matrimonio con una súbdita. La intención que se persigue es

que el matrimonio, ni fuera firme ni tuviera validez, con la salvedad de que si, después de depuesto el oficio, la mujer persevera en la misma voluntad, el matrimonio se consolida.

Decimoquinto. Según el derecho civil, era indigno el tutor que contraía matrimonio con la pupila o el procurador que contraía matrimonio con la adulta, pasando al fisco todo lo que ello dejaba.

Decimosexto. Pasa al fisco todo aquello que el clérigo o el militar dejaran a su concubina.

Decimoséptimo. Son indignos los presidentes de las provincias y los demás magistrados temporales, lo mismo que los auditores de los magnates respecto a aquellas cosas que por contrato de venta, permuta, donación o cualquiera negociación adquieren en la provincia que rigen durante el tiempo de su administración. Todos estos bienes se los quitan y pasan al fisco.

También se considera indigno aquél que ha sido constituido heredero como hijo, pero realmente no es hijo, sino solamente supuesto. En este caso se contrae indignidad y se le quita lo que le ha sido dejado. Pero la indignidad no es tan grande como para dar lugar al fisco. Porque la indignidad no proviene de una culpa o

delito del mismo instituido sino de otro, por lo que lo que se le quita no pasa al fisco, sino a los sustitutos.

Por último, advierte Antúnez que el derecho de quitarle los bienes al heredero indigno prescribe a los cinco años en contra del fisco.

f) *Incapaces*

En cuanto a las incapacidades sigue también Antúnez la línea de enumerar la serie de incapacidades legales que son:

Primero. Son incapaces los hermanos menores de la Orden de San Francisco, quienes no pueden poseer bienes ni en común, por eso son considerados incapaces de toda sucesión hereditaria, ya sea mediante testamento, ya sea sin él. También son incapaces de la estimación de la herencia. Pero esto tiene una limitación en los hermanos de la Orden Tercera de San Francisco, pues éstos son capaces de sucesiones, tanto mediante testamento, como sin él.

Son incapaces, en segundo lugar, los cautivos mientras están en cautividad. Pero esto no sucede con



el capturado en la guerra entre cristianos, quien también puede hacer testamento. Es incapaz, en tercer lugar, aquél a quien se le prohíbe suceder o adquirir por ley o estatuto. Un ejemplo son los extranjeros, a quienes se le prohíbe heredar o suceder en los bienes de la corona real o también los clérigos y mujeres se les prohíbe suceder en los bienes de la corona real.

Se considera incapaz, en cuarto lugar, al hijo del rebelde y al hijo de un condenado por el crimen de lesa majestad.

Quinto. Es también incapaz el hijo del hereje, aun siendo ortodoxo, de la herencia paterna o de otros ascendientes que incurrieron en el crimen de la herejía; pero no respecto a los descendientes y colaterales, cuyas herencias sí pueden aceptar. Nos advierte el autor que, existe una gran diferencia entre la herejía y el crimen de lesa majestad humana. En el primero son castigados más suavemente los hijos del hereje que en el crimen de lesa majestad humana. También el mismo hereje es incapaz, porque ni puede ser instituido ni se le puede dejar un fideicomiso, ni puede adquirir cualquier otra cosa mediante testamento.

Sexto. Se considera incapaz al siervo de la pena, pero no indigno. Se considera siervo de la pena a aquél

que ha sido condenado a la muerte natural, a las minas de metal o a las bestias. El condenado a las minas de metal o a la cárcel perpetua, o al exilio perpetuo no se constituya siervo de la pena; porque, aunque antes se equiparaban los condenados a las minas de metal, y se hacían siervos de la pena, en el siglo XVIII, sin embargo, son equiparados a los deportados, quienes no son siervos de la pena. Solamente se considera siervo de la pena a aquél que ha sido condenado a la muerte natural, a aquél que ha huido de la cárcel o el que fue librado de las manos de la familia.

Por tanto, los que siguen siendo siervos de la pena son incapaces de sucesiones, tanto si les vienen por testamento, como si les vienen sin él. También son incapaces los condenados a perpetuidad a un trabajo público o a los condenados a cárcel perpetua. La razón es que los condenados a dichas penas son equiparados a los deportados y los deportados son considerados incapaces.

Séptimo. El deportado es realmente incapaz, lo mismo que el que no puede hacer testamento, puesto que el derecho de suceder tanto con testamento como sin testamento, es de derecho civil, y el deportado es incapaz de todo aquello que es de derecho civil, porque

mediante la deportación deja de ser de la ciudad. No puede ser equiparado el deportado al peregrino. Por ello, según Antúnez toda disposición a favor del incapaz se considera como no escrita. Por esta razón, los bienes dejados al deportado pasan a los súbditos, a los unidos a ellos o a los sucesores sin testamento pero no al fisco.

Lo dicho anteriormente sobre la incapacidad del deportado respecto a las sucesiones, procede también según el derecho común porque, aunque los bienes de los deportados no pasan al fisco, sí pasan a otras personas, por lo que las normas que disponían sobre la pérdida de estos bienes permanecen incorrectas.

Octavo. Según algunas doctrinas también el excomulgado debe ser considerado incapaz, porque es considerado como aquél que en otro tiempo sufría el entredicho de agua y de fuego, en cuyo lugar sucedió la deportación; luego los excomulgados deben ser equiparados a los deportados. Pero para Antúnez lo más verosímil es que el excomulgado sea capaz, tenga la facultad de hacer testamento y que este testamento sea válido, porque la excomunión no es una pena mortal, ya que se da para mantener la disciplina, no perdiéndose por ella la libertad ni la ciudadanía. La excomunión se

equipara a la relegación, no a la deportación. Luego, lo mismo que el excomulgado puede testar, así también puede aceptar lo que le corresponde por testamento o sin él.

Noveno. El asesino también es considerado incapaz. Pues se considera incapaz a todo aquél que así lo hace la ley común o la municipal; el asesino pierde los bienes y pasan a los ocupantes y, sobre todo, a aquellos a quienes corresponda la sucesión temporal.

Décimo. Es incapaz de herencia o legado aquél que en el testamento de otro se adscribió para sí la herencia o el legado, los cuales se consideran como no adscritos y pasan al sustituto, permanecen en poder de aquél que los dejó o pasan al coheredero.

Undécimo. Se pone en duda el que los fugitivos sean incapaces y nos indica Antúnez que en Portugal no se procede contra los ausentes por cualquier delito sino sólo aquellos por los que se impone la pena de muerte y dispone la legislación que para que los delitos no queden impunes por la ausencia de reos, los presidentes de la curia de las causas criminales y del senado portuense, los presidentes de las provincias, los auditores del rey, y además los jueces foráneos deben informarse de los causantes de homicidios y de otros

crímenes, por los que, una vez probados, se impone la pena de muerte natural o civil y deben dar edictos contra los reos en el lugar del juicio y donde habitan los delincuentes o donde tienen bienes o consanguíneos, mandando que desde el día del edicto hasta que se transcurran dos meses o en el término que crea oportuno, comparezcan en juicio para la defensa, y si no comparecen en el término establecido se procede contra ellos por contumacia. Hecho esto, por el proceso se llega a la sentencia definitiva contra los reos, como si estuviesen presentes; para que según la importancia de la causa y la prueba sean condenados o absueltos: siempre con la posibilidad de apelar de los inferiores al senado. Una vez llevada la apelación al senado, los jueces supremos declaran fugitivo al reo condenado y mandan que los magistrados, después de convocar al pueblo, sigan al fugitivo y traten de aprehenderlo para que cumpla la sentencia del último suplicio, siempre que haya sido condenado a muerte, o se le entregue para que se lleve a cabo en él otra pena menor.

Antúñez manifiesta que según la legislación portuguesa el condenado a muerte natural por derecho regio es incapaz y el condenado a otra pena más leve es capaz de todas las sucesiones.

Duodécimo. Se considera incapaz al heredero sustituto que asesina al instituido.

Se considera incapaz, finalmente, a aquél a quien se le considera así en el derecho común o municipal. También aquél que en castigo es excluido por la ley o por el sucesor de la sucesión, o el que por ley no puede suceder a otros.

Los indignos se diferencian de los incapaces porque el indigno sucede y adquiere, y es capaz de dominio y de posesión, aunque el fisco le arrebate lo adquirido como pena de un delito. Como no pueden retener, se dice que adquieren sin efecto, que ocupan, pero que no toman.

Los incapaces son excluidos por el mismo derecho de tal manera que ni pueden adquirir lo que se les deja, ni herencia alguna. Porque el incapaz no tiene acción pasiva ni testamento. Tampoco constituye grado, por lo que no obstaculiza a los que le siguen en grado; se considera como si no hubiera sido llamado.

Por eso lo dejado a un incapaz y la institución hecha por él se consideran nulas y como no hechas.

Cuando la herencia se deja a un indigno, el fisco excluye a los siguientes en grado y al sustituto. El indigno tiene más derecho que el incapaz y está en mejor

condición, puesto que el indigno adquiere los bienes del difunto pero no el incapaz. Por esta razón el indigno puede quedarse con los bienes que le han dejado hasta que el fisco se los quite judicialmente o le excluya. Si el fisco se niega a quitárselos, permanecen para siempre en poder del indigno. Pues nadie puede actuar en contra de la indignidad más que el fisco, es más, ni el juez puede rechazar válidamente a un indigno por tal motivo. Porque como el indigno adquiere y en él se radicaliza el dominio, correspondiendo únicamente al fisco la acción o la exclusión de la adquisición, si un tercero pone acción sobre la indignidad no debe ser oído, ya que se trata del derecho de un tercero que nadie puede alegar.

g) *Suicidas*

Antúñez nos advierte que el que se quita la vida a sí mismo no está castigado legalmente según el derecho común pero siguiendo a Gregorio López dice que entre los cristianos se debe imponer una pena arbitraria, e igualmente deben ser castigados los que se autolesionan (72).

A los que se quitan la vida se les confiscan sus bienes; en especial el que mate a otro y luego se suicida, pero esto sólo se puede dar, es decir la confiscación de bienes, cuando el suicida carece de ascendientes o descendientes dentro del tercer grado pues si existen éstos, los bienes no pasan al fisco.



#### **h) *Ab Intestatos***

##### **A) Conceptos generales de doctrina sucesoria**

La causa principal de la *bona vacantia* es aquella que pertenece a los bienes de quienes mueren sin testamento y no tienen herederos. Enumera Antúnez diversas maneras de morir sin testamento:

**Primero.** Aquél que pudiendo hacerlo muere sin él pero si tiene descendiente o ascendiente o consanguíneo colateral hasta el décimo grado no intervendría el fisco.

**Segundo.** Los inestables, locos, subnormales, etc. en estos casos si interviene el fisco en caso de no existir un heredero legítimo.

También la legislación portuguesa establece que si alguien podía nombrar para la *enfiteusis* y muere sin testamento dejando ascendiente o descendiente éstos se consideran nombrados para la misma.

Existe la posibilidad de que el enfermo mental con pasos lúcidos pueda testar, aunque la doctrina duda al respecto y prefiere decir que es *ab intestatos*. El pródigo tampoco puede hacer testamento después de haber

sido desposeído de sus bienes. El condenado a muerte no puede hacer testamento y es nulo el anterior. En todos estos supuestos sus bienes son vacantes y pertenecen al fisco.

Según la legislación portuguesa se establecen dos requisitos válidos para el testamento y distintos tipos:

Primero: el testamento *nuncupativo* se puede hacer de tres formas siguiendo la tradición romana post-clásica.

a) Cuando el testador declara su voluntad ante el notario público y cinco testigos varones, libres y púberes y que luego el notario recoge en el libro que en Portugal se llama "De Notas" en el cual deben también suscribir el testamento los testigos y el testado y si sabe y puede al menos un testigo debe firmar por él, declarando que firma en el lugar del testador porque él no sabe o no puede escribir. Con estas formalidades el testamento es válido.

b) Se puede hacer un testamento *nuncupativo* en escritura privada por el mismo testador o por un tercero mandado por éste ante cinco testigos además del testador, lo puede hacer también de forma privada el testado escribiendo el testamento y después leyéndolo en

presencia de todos los testigos y del testador, debiendo firmarlo después los testigos. Estos deben ser varones, libres y púberes.

c) Se puede hacer sin ninguna escritura, en el momento de la muerte ante seis testigos varones o mujeres.

Estos dos últimos testamentos se necesita la autoridad del juez quien publica el testamento e interroga a los testigos. La validez de los mismos depende del testimonio de los testigos, de manera que si muriesen los testigos, el testamento no se publica y sería nulo (73). Antúnez se inclina también por el juicio de que es nulo el testamento en el que no se haga la institución del heredero. En cuanto a los testamentos secretos se exige toda una serie de formalidades para evitar el fraude y declara nulo aquél que no se adapta a las exigencias de la *Ordenação*.

En el caso de que un testamento no lo escriba el testador por su propia mano, sino se lo escriba otro, se debe declarar el nombre de la persona que lo escribió por su mandato, para que también se escriba en el instrumento de aprobación. Si el testamento no es secreto, el nombre del heredero se puede decir de viva voz. Será nulo el testamento que el notario no cierra y

sella después de haber confeccionado el instrumento de aprobación.

Concluye Antúnez afirmando que cualquiera que sea el motivo de la nulidad del testamento, de los que hemos resaltado aquí algunos, dicho testador se considera *intestato* de tal manera que entre los descendientes legítimos herederos debe ser admitido el fisco para el caso en que dichos bienes queden vacantes.

También se dice que muere *ab intestato* el que hizo un testamento correctamente pero posteriormente lo revocó, aunque el primer testamento nunca se revoca si no es por otro hecho correctamente. Sin embargo, algunas veces se considera revocado el testamento por la voluntad contraria y al testador se le considera como muerto intestado. Pero es muy controvertido entre los doctores el tipo de voluntad que se requiere para esto, es decir, para que el testamento se considere revocado. Bartolo dice que no es suficiente la simple revocación del testamento, se requiere que el testador diga que no vale el testamento y que quiere morir *intestato*; entonces, si no hizo otro testamento, se mantiene lo que fue hecho conforme a derecho (74).

Antúnez se inclina por el razonamiento en el sentido de que basta la existencia de la revocación verbal

y son suficientes dos o tres testigos (75). Igualmente, es nulo el testamento que se hace por temor a la pena y la conciencia del delito le acarrea la muerte.

También se considera que muere intestado aquél que hace el testamento correctamente, pero nadie toma posesión de la herencia porque el heredero designado, o no quiere o no puede; el testamento se invalida cuando no se acepta la herencia, reduciéndose la herencia a las mismas condiciones que si se tratara de intestado. En este testamento tampoco tienen validez los legados; porque en ellos está pendiente la condición de hacerse cargo de la herencia. Por eso, si el heredero no acepta la herencia ni los legados son tales, ni las libertades deben ser otorgadas. Y aunque en algunas ocasiones se pueda admitir excepciones, en virtud de las cuales aunque no se acepte la herencia se deben conceder los legados, sin embargo, la resolución de esta duda depende de otra cuestión que trataremos después. Trataremos de si en los términos del caso antes propuesto, cuando los bienes pasan al fisco por vacantes, éste tiene la obligación de conceder los legados (76).

B) Posibilidades Fiscales de Adquisición de  
Bienes ab intestato

Se plantea Antúnez en este tema diversas cuestiones siendo la primera ¿quién es el heredero legítimo que sustituye al fisco?

Parte en su dictamen de aclarar conceptos básicos que suponen una información romanística filtrada muchas veces por el tamiz de los conceptos iusnaturalistas de la tardía escolástica. Así recuerda que legítimo heredero y legítima sucesión se llama propiamente a aquella que se recibe del intestado como si proviniera por ley. También la sucesión testamentaria es legítima porque se recibe por ley. La sucesión *ab intestato* puede ser por tres líneas, ascendente, descendente y colateral.

Concorde con sus premisas, subraya que el hecho de ser los primeros en la sucesión de la herencia del *intestatus* los hijos y descendientes, debe considerarse de derecho natural y común por suponerse natural en los padres la intención de dejar la herencia a los hijos, aunque la forma de transmitirla y la fijación de la cantidad pertenezcan ciertamente al derecho civil. Por eso la porción de herencia paterna que es debida a los hijos se denomina legítima como si fuera concedida por

la ley. De donde se sigue que el padre está obligado a proporcionar alimento a los hijos, también a los naturales y espúreos, y esto por una especie de impulso natural y por la razón apoyada en el derecho de gentes y en el natural. La legítima de los hijos, en cuanto tiene en cuenta los alimentos, procede del derecho natural. Por eso no puede ser eliminada, ni por ley alguna o estatuto, aunque la cuota de la legítima pertenezca al derecho civil y éste contemple la posible mutación, en virtud del cual y por causas legítimas puede ser disminuida e incluso eliminada.

De aquí se sigue que los padres que instituyen un mayorazgo están obligados a dejar alimentos a los hijos, a los cuales les deben la legítima, aunque tengan otros medios para poderse alimentar. La legítima de los hijos se coloca en el lugar de los alimentos, los cuales se deben con derecho a la acción. De tal manera que si se concediera la facultad regia de instituir un mayorazgo con todos los bienes, con la cláusula de que el padre no queda obligado a dejar alimentos a los demás hijos, ésta será inválida e inútil, pues el príncipe no puede eliminar aquello que pertenece al derecho natural (77).

Lo mismo que a los hijos se les debe la legítima del padre que muere sin testamento, así también, el

padre que hace testamento está obligado a dejar a los hijos la legítima por medio del título de la designación expresa o sobreentendida, disponiendo de la tercia de la herencia.

Basado en estos principios, cuando existe un descendiente en primer grado, éste debe ser admitido a la herencia del padre y, consiguientemente debe ser excluido el fisco como heredero legítimo. Es cierto que la forma y el modo de sucesión pertenecen al derecho civil y que el mismo derecho civil ha cambiado a través de las épocas sobre la participación de los descendientes; y en este sentido añade Antúnez que en su reino se sigue el régimen sucesorio de las Partidas (78) en cuanto a los hijos espúreos según el derecho portugués están fuera de la ley y no merecen el nombre de hijos en lo referente a la sucesión intestados, con la institución del heredero es necesario que no existan hijos legítimos. Completa Antúnez este punto enumerando varios casos menores en referencia a la legislación portuguesa (79).

En cuanto a las adopciones sólo pueden ser concedidas por el rey y respecto a su régimen sucesorio los



derechos que atribuye son muy limitados.

Sobre la cuestión de los ascendientes comienza Antúnez por individualizar a los integrantes del término, que incluye el padre, la madre, el abuelo paterno, el materno etc. y se entiende tanto los varones como las mujeres, en esta línea no hay lugar para la representación.

Aunque en la materia de sucesiones los ascendientes ocupen el segundo lugar, sin embargo, no siempre están excluidos los colaterales, sobre todo cuando el difunto, al mismo tiempo que ascendientes, deja hermanos o hermanas por ambas partes; éstos concurren con los ascendientes. Cabe la duda también respecto a los hijos del hermano que ha premuerto, y así cabe preguntarse si cuando uno muere dejando ascendientes y hermanos, ¿deben ser admitidos éstos a la herencia lo mismo que son admitidos con los hermanos cuando mueren los ascendientes?. Esta duda la disipa Antúnez acudiendo a Justiniano, quien dispone que los hijos del hermano deben ser admitidos con los ascendientes y con los hermanos.

Si lo anterior procede teniendo en cuenta el derecho común, el derecho regio portugués dispone que el

padre y la madre, juntamente con los otros ascendientes deben ser admitidos a la herencia del hijo o de la nieta, con exclusión de los hermanos (80). A los hijos les obliga la necesidad de instituir a los ascendientes, al menos en la legítima, que consta de dos partes de la herencia. Luego los ascendientes para la legislación portuguesa son herederos necesarios, a los que llama *forçados*; entendiéndolo así de los hijos naturales y legítimos, quienes válidamente suceden a los padres en los casos que ya tratamos ampliamente: en estos casos también los padres naturales son sucesores del hijo en virtud de la regla que sostiene que el derecho de sucesión es recíproco, de los padres para con los hijos y en contra, como se dijo anteriormente. Luego los ascendientes excluyen también al fisco cuando pueden suceder válidamente al fisco: debiéndose admitir el fisco únicamente cuando los ascendientes carecen del derecho de sucesión.

En la legislación portuguesa los colaterales son llamados a la herencia dentro del décimo grado. Esto implica que mientras existan consanguíneos hasta ese grado el fisco será excluido de la herencia. Se prefiere en esa línea al más próximo en grado y se excluyen los demás.

Cuando faltan consanguíneos dentro del décimo grado para la sucesión *ab intestato*, el marido sucede a la mujer, y por el contrario ésta al marido; exigiendo la mutua convivencia, se discute el caso del divorcio, pero Antúnez recuerda que en Portugal no existe el divorcio y sólo la separación perpetua por adulterio (81).

¿En qué casos concretos se puede excluir al fisco en materia de *ab intestato*? Plantea el autor diversos casos bastante dudosos en que se debe admitir el fisco en *ab intestato*.

Consideremos, por ejemplo, el supuesto del obispo o clérigo que muere sin testamento y sin consanguíneos dentro del décimo grado, en este caso para Antúnez no hay duda puesto que los bienes serían de la Iglesia, dado el "matrimonio espiritual" entre la Iglesia y el clero, aunque admite que no hay unanimidad al respecto y que incluso en determinados casos específicos se ha resuelto la cuestión a favor del fisco (82).

Otras cuestiones que en diversos momentos suscita nuestro autor son las siguientes: ¿En virtud de qué derecho sucede el fisco en la *Bona vacantia*? ¿Está obligado a cumplir lo legado? ¿También sucede el fisco en los bienes del mayorazgo instituido para la conservación de una familia cuando no existe consanguíneo de

que le instituyó, en el momento de la muerte del último poseedor?.

Antúñez trata de contestar a estas cuestiones y parte del principio según el cual el fisco no sucede en los *bona vacantia* como heredero, sino por ocupación y sólo en virtud de ese título se le transfiere el dominio.

El fisco es admitido cuando no hay heredero legítimo, luego el fisco no lo es, porque si lo fuese, en la legislación no se plantearía el caso de que no exista legítimo heredero.

Para Antúñez la duda se plantea sobre si el fisco está obligado o no a cumplir los legados dejados por el heredero que no quiso hacerse cargo de la herencia, o porque no existían sobrevivientes del *intestatus* dentro del décimo grado. En este caso los bienes, al estar vacantes, pertenecen al fisco, lo mismo que si el difunto muriese sin testamento, aunque muriese después de haberlo hecho, pues el heredero no quiso hacerse cargo de la herencia. En la anterior cuestión existen dos clases de opiniones entre los doctores, una afirmativa de la obligación fiscal y la otra negativa. La afirmativa se prueba según los textos en los que se establece que si el heredero gravado con el fideicomiso

repudiase la herencia, ésta pasa al siguiente legítimo heredero con la carga de la fideicomisión: Luego, del mismo modo, pasan los bienes al fisco con la carga de los legados. Basados en estos fundamentos, sostienen esta opinión Baldo, Menesio y otros.

La respuesta contraria se prueba por el hecho de que lo dejado en el testamento lleva tácita la condición de que se haga cargo de la herencia. Pero si el heredero designado no se hace cargo, todo lo dispuesto deja de tener efecto, reduciéndose la cuestión a una situación de *ab intestato*: luego ni los legados se deben, ni las manumisiones se otorgan. Entonces el fisco se hace cargo de los bienes, como vacantes, no como heredados, pues el que sucede lo hace de una cosa que ha pasado a la causa del *ab intestato*, y porque no existe heredero, no está obligado a cumplir los legados.

Inclinándose Antúnez por la primera opinión, llega a la conclusión de que el fisco sí está obligado a pagar a los acreedores y a asumir otros cargos que lleven consigo los bienes. También afirma que el fisco está obligado con los acreedores cuando los bienes fueron confiscados por delito, o porque el fisco obtuvo los bienes que le fueron quitados a alguien por indigno. En este caso de confiscación o de indignidad el fisco está

obligado, no solamente con los acreedores y con las cargas de los bienes, sino tambien a cumplir los legados sobre los cuales estaba obligado el delincuente.

Afirmadas esas reglas generales, se pregunta Antúnez por el caso particular de si es el fisco o el príncipe el que debe ocupar los bienes cuasi-vacantes del mayorazgo instituido para la conservación de una determinada familia, cuando en el momento de la muerte del último poseedor no existe ningún consanguíneo del institutor, ni del último poseedor, quien muere sin hacer testamento.

Según lo tratado anteriormente, en estos casos el mayorazgo pertenece al príncipe sin ninguna duda. Pero no es leve la duda sobre si se debe decir lo mismo en el caso en que en el momento de la muerte del poseedor no exista ningún consanguíneo del institutor, pero existan consanguíneos del poseedor dentro del décimo grado, aunque de otra familia. En esta cuestión, la conclusión cierta para Antúnez está en favor del fisco, porque en los mayorazgos se sucede en virtud de la sangre, no por razón del derecho hereditario. De donde se deduce que, una vez muerto el poseedor del mayorazgo, éste no pasa a su familiar más próximo. La proximidad, en este caso, solamente debe considerarse en razón de la sangre del

institutor. Por tanto, los consanguíneos del poseedor difunto que no son de la sangre del instituyente no pueden suceder, sucediendo en su lugar el fisco, quien puede ocupar los bienes del mayorazgo como vacantes. Tenemos en segundo lugar, que los bienes del mayorazgo se consideran bienes del instituyente, puesto que el mayorazgo no se hereda del último poseedor, sino del primer instituyente. Luego, si está extinguida la línea del mismo, los bienes de su mayorazgo no pueden pasar al sucesor del último poseedor, cuando éste es extraño, quedando entonces el fisco como heredero.

. Para Antúñez sin embargo es más verosímil la resolución contraria porque los bienes del mayorazgo, o del fideicomiso dejado para la conservación de la familia, incluso con prohibición de enajenación a perpetuidad, una vez extinguida la familia se hacen libres y hereditarios, como si nunca hubiesen estado vinculados, pudiendo el último de esa familia dejarlos incluso a un extraño.

Advierte por último Antúñez que aunque las *bona vacantia* pertenecen a las regalías, los monarcas portugueses las destinaron a la redención de cautivos y se consideran, según la legislación, como si fueran adquiridos por el fisco (83) y también se considera regalía:

cuando la herencia o el legado han sido dejados a un sujeto capaz en Derecho, quien tácitamente ha sido rogado por el testador para restituir la herencia o para entregar el legado a un incapaz. Se le priva al heredero o al fideicomisario de los bienes dejados por el testador, siempre que el capaz se comprometa a restituir al incapaz, y se aplica al fisco (84). Se trataría de algo que se deja tácitamente, pues el heredero, ni por testamento, ni mediante codicilos ha sido rogado para que restituya o para otorgar al incapaz; sino que lo sería por medios de cautela doméstica, por el escribano, por promesa o fidelidad concedidas en fraude de la ley, y por tales más se obliga a dar el fideicomiso a aquél que es incapaz de hacer testamento, por lo que tampoco puede aceptarlo.

Un caso particular de esa situación se da cuando el instituido heredero es un clérigo, quien, a su vez, ha sido rogado para que restituya a un incapaz, ¿quién debe quitarle los bienes del fideicomiso, el fisco seglar o el eclesiástico?. En esta cuestión opina Antúnez que, si el heredero es un clérigo y fue rogado para restituir al incapaz, prestando éste su compromiso, los bienes pertenecen al fisco eclesiástico en castigo al delito cometido por un clérigo; pero no al fisco seglar, inde-



pendientemente de que el testador fuera clérigo o  
seglar (85).

### I.2.2. DONACION- COMO TITULO PARA ADJUDICACION DE SITUACIONES

#### a) Concesión de Naturaleza

Antúñez asume con firmeza que el concepto de natural es una cuestión muy debatida entre los autores. Algunos sostienen que se llama natural del lugar al que ha nacido en él, tanto si el nacimiento ha sido por vivir allí sus padres como si ha sido en tránsito. Destaca el criterio de Amaya quien afirma que el nacido en un lugar por casualidad debe ser tenido por ciudadano, siempre que habite en el lugar, ya que la ciudadanía de origen es inmutable y más fuerte, que todos los demás vínculos pues lo mismo que los derechos de sangre no se pueden disminuir ni cambiar, así tampoco se puede mutar el origen natural. Por eso, si alguien abandona su pa-

tria, vaya al sitio que vaya, siempre conserva el origen. Lo mismo que nacemos de los padres, nacemos de la patria, quedando así hipotecados a ella (86).

Antúnez matiza la primacía del *erigo*, señalando que para que uno pueda considerarse originario del lugar respecto a cargos y honores, no es suficiente el solo nacimiento, sino que se requiere tener el domicilio en ese lugar. Luego por razón de origen solamente, no puede uno considerarse de aquel lugar donde nació. El hijo nacido transitoriamente, en un lugar donde el padre no tiene domicilio, no asume las cargas de aquel lugar, porque tiene el domicilio en otra parte y le corresponde asumir las del domicilio paterno. Por eso el hijo nacido casualmente no se puede considerar originario o natural de tal o el otro lugar.

Cree nuestro autor que el hecho de que la cuestión sea muy discutida y ardua es la razón que provoca que cada reino regule este tema de forma diferente y de acuerdo con la costumbre tradicional del mismo.

Es interesante el resumen que ofrece Antúnez del Derecho castellano, usando la legislación recogida en la *Nueva Recopilación* (87). Según ella, para que alguien pueda ser considerado natural de ese reino, se requiere que sea natural por parte de padre, pero si nace de

padre extranjero y madre natural, se es extranjero; solamente se considerará originario en el caso de que el padre haya contraído domicilio en el reino y habite en él durante diez años. Igual ocurre en Portugal según estima y documenta Antúnez (88).

A esa idea general se añade el caso particular del hijo espúreo (es decir aquél que carece de padre cierto) que debe ser considerado natural del reino cuando nació en él de una madre que era natural del mismo; no cuando la madre era extranjera pero tenía el domicilio en el reino y habitaba en él desde hacía al menos diez años.

Establecidas esas premisas, resuelve Antúnez la cuestión de si el rey o príncipe puede conceder al extranjero el derecho de naturaleza, y (aplicando la idea que preside toda su obra, según la cual al rey, el pueblo le transfirió todo derecho y potestad) sostiene que al rey corresponde el derecho de naturalizar, incluir o separar a los extranjeros de entre los ciudadanos, y esta facultad debe entenderse como una regalía inseparable a la corona y a la suprema potestad, considerando como prueba al respecto la observación de que por mucho tiempo que un extranjero haya conservado domicilio en determinado reino, siempre será el rey quien tenga la potestad para admitirlo como ciudadano.

b) Concesión de Legitimidad de los Hijos

Al enfrentarse con esta cuestión, Antúnez aplica una vez más su conocido método de examinar los términos teóricos del estado de la cuestión y señala que si bien existe la opinión de que el derecho de legitimar a los espúreos y a los nacidos legítimamente pertenece a la *suprema potestas* del rey y corresponde a las regalías mayores, en forma tal que según este principio el monarca no puede conceder la potestad de legitimar a otro mediante donación (por esa razón de que normalmente se considera concerniente a la *suprema potestas* del rey), no es sin embargo unánime ese principio (89).

Con gran determinación resume Antúnez las opiniones contrarias. Así la de Pedro Barbosa, quien sostiene que la legitimación no pertenece a lo reservado al príncipe en señal de la *suprema potestas* y de la sumisión de los vasallos, sino que pertenece a lo reservado al príncipe en señal de la dignidad real. Y por tanto, deduce que puede prescribir la potestad de legitimar por el hecho de que es concedible, y si es concedible también es prescriptible. En esta idea aplicada por analogía con la doctrina de Paulo de Castro, quien entiende que los dueños de las tierras tienen la potestad de legitimar a

los que les están sujetos y que los duques, marqueses, condes y barones pueden legitimar en cuanto a los bienes existentes en su jurisdicción, facultad que otros autores sostienen como aplicable y lícito para los "condes palatinos". Por consiguiente sería cierto bajo tales planteamientos afirmar que la potestad de legitimar puede ser concedida o donada por el príncipe a otro. Por lo que a ciertos autores les parece más verosímil la sentencia que afirma que el rey puede conceder esta facultad de legitimar.

Además consta la opinión de algunos juristas en cuanto afirman que los duques, marqueses y otros pueden legitimar por derecho ordinario. No supone nada en contra la potestad de los condes palatinos, porque se puede alegar que los condes al legitimar usan de una potestad comisionada o delegada por el emperador. Antúnez no niega que el príncipe pueda delegar dicha potestad y se apoya como argumento en que esa potestad ha sido usada por los condes palatinos, los cuales usan de ella en nombre del rey, y por esta razón, expiden cartas de legitimación, como es notorio por los textos que aducen.

Sin embargo, el primer criterio será el defendido por Antúnez quien refiriéndose a su reino afirma que la

potestad de legitimar no puede ser separada de la corona regia. Arguye que allí nunca se vio ni se oyó que este derecho fuese trasladado a otro en virtud del título de donación, concesión o contrato, ni que fuese obtenida tal potestad por los duques, marqueses o condes. Por tanto como siempre aquella potestad fue sostenida en favor de la Corona, es inseparable e inherente a la persona política del rey.

Antúñez al usar la palabra "legitimación" estima que no es incongruente aclarar algo en torno a su naturaleza y así en primer lugar la sitúa como restablecimiento de los derechos naturales, a cuya privación contribuyó la concupiscencia y el vicio de la libidinosidad.

Entiende Antúñez en lo referente a su historia nos remontásemos a los ordenamientos jurídicos más primitivos, como todos los hombres nacían indiferentemente de la unión del marido y la mujer, para la naturaleza en un principio, y hasta que la procreación de los hijos fue regulada por leyes escritas, todos eran igualmente libres y del mismo modo esa naturaleza les hacía "ingenuos". De los primeros padres nacieron los primeros hijos igualmente libres y se constituían en legítimos por la misma naturaleza. Luego las guerras,

las luchas y las libertades de la concupiscencia crearon las razones para un cambio en tal esquema. Posteriormente en virtud del derecho "civil" (90), se estableció la diferencia entre legítimos e ilegítimos; de tal manera que solamente es hijo legítimo y natural el nacido de una legítimas nupcias. Se llama ilegítimo a todo aquel que no ha nacido de esas nupcias. Pero las guerras, el libertinaje, etc. hicieron cambiar el sistema y ya en Roma se consideró necesario introducir la legitimación por los Emperadores para que aquél que nació en principio ilegítimo, pudiera obtener legitimado aquello que las leyes romanas niegan a los ilegítimos. Por esta razón, fue introducida la legitimación a fin de que los hijos naturales o los espúreos recuperaran el reconocimiento para la satisfacción de los padres que no tienen hijos legítimos, y también que en la sucesión, la legitimación eliminara la privación de los derechos más preciados quitando los impedimentos introducidos por el derecho de los diversos pueblos. Así la legitimación supone la remoción del impedimento creado por esos derechos que introdujeron las nupcias y la patria potestad.

Para Antúñez se alcanza así un a modo de restitución del primer derecho de los nacidos. Es, además, un cierto privilegio concedido al ilegítimo, y en este



sentido, una *lex privatae* según Baldo . Puesto que la legitimación es un acto de derecho nada tiene de extraño que solamente pueda ser concedida por el príncipe y no por un inferior, puesto que éste no podría derogar las leyes dadas contra los ilegítimos si sólo al príncipe corresponde dar y abrogar las leyes. Por lo que conviene decir a juicio de nuestro autor que no puede el príncipe despojar de este derecho a su potestad. Sobre todo, porque tal potestad nunca fue concedida en el reino de Portugal por el príncipe y lo que no se acostumbra a donar no puede ser concedido, según el derecho consuetudinario, así que es más propio que las legitimaciones correspondan solamente al príncipe, según entendió Baldo siendo seguido por otros.

Respecto a su régimen señala que se regula por una triple vía. La legitimación se da por el subsiguiente matrimonio de los padres, o por un rescripto del príncipe, o por la "oblación de la curia". A ésta es aún la legitimación que se da por el ingreso en religión. Esta formulación demuestra una vez más la técnica de razonamiento empleada por Antúnez al construir su discurso jurídico, que siempre parte, una vez analizadas las opiniones emitidas al respecto de una urdimbre principal de Derecho romano a la que se entretejen hilos

de Derecho canónico y de la legislación portuguesa y comparada.

Preocupa a nuestro autor notar la gran diferencia que existe entre legitimación y dispensa. La legitimación constituye al hijo, natural o espúreo, en real y verdaderamente legítimo y en nada se diferencia de él, y aunque según Baldo, los legitimados no son verdaderamente legítimos, si no es por privilegio o ficción, aporta Antúnez algunos textos castellanos con los que entiende se puede atenuar esta distinción y llegar a la conclusión de que el hijo legitimado debe ser tenido en todo como legítimo. La dispensa se da cuando a alguien se le habilita para ciertos derechos propios de la legitimación, pero sin dejar por ello de pertenecer a la ilegitimidad.

De todo lo anterior se deduce que al verdaderamente legitimado se le debe la legítima y debe suceder con los legítimos, y tiene acción para el suplemento de la legítima si no se le deja íntegra. Tiene también derecho de declarar nulo el testamento del padre en el que se haya relegado, y hacer todo aquello que puedan hacer los legítimos.

Observa Antúnez que, si bien estas normas están establecidas por el Derecho común, en la práctica de los

reinos peninsulares las legitimaciones que fueron hechas por el príncipe, no eran verdaderas legitimaciones sino dispensas, pues en las legitimaciones se suele incluir la cláusula de que el legitimado puede suceder en aquello que el padre quisiera dejarle, y en el caso de no existir testamento se considera dispensado el legitimado en cuanto a algunos modos de sucesión.

Se debe observar además que para que tenga validez la legitimación, debe constar en primer lugar que el legitimado es hijo de aquél que pidió la legitimación, pues si la filiación no se prueba, la legitimación será nula. Todos los autores sostienen que el legitimado está obligado a probar la filiación, de lo contrario tal legitimación sería nula. En segundo lugar, la validez de la legitimación, requiere el consentimiento del hijo legitimado y del padre legitimante. Lo cual se exceptúa en el infante, en el ausente y en el furioso, que pueden ser legitimados sin su consentimiento; siempre que después se siga la ratificación, que debe ser hecha en vida del padre, y en tercer lugar se requiere necesariamente para la validez de la legitimación, que se exprese la cualidad de la espuriedad. La falta de estos requisitos haría que la legitimación fuese nula y subrepticia, si no se eliminan esos vicios y circunstancias que puedan hacerla inútil.

Se hace notar finalmente que el rey no puede legitimar a sus propios hijos ilegítimos, a los que sí podría legitimar el Sumo Pontífice.

e) Concesiones de Ferias y Mercados

Semánticamente las *nundinae* llamadas vulgarmente *ferias* son palabras que significan el lugar donde se realizan los contratos mercantiles públicos para comprar y vender mercancías (91). Así el verbo *nundinor* es a *nundinae* como la palabra *marcar* es a *mercado*. Señala Antúnez su origen en Roma extendiéndose en una explicación filológico-jurídica según la cual los labradores en los campos dejaban quietas las cosechas durante ocho días y en el día noveno lo llevaban a la ciudad al mercado. El plazo de nueve días dió lugar al término *nundinae*. Como veremos Antúnez señala expresamente la no diferenciación intrínseca entre "ferias" y "mercados" y cuando habla de *nundinas* incluye indiferenciadamente ambas actividades (92).

Señala nuestro autor que hay *nundinas* que no se hacen solamente para comprar y vender mercancías y víveres, sino también para otras cosas; como las

conocidas de Italia, y las de la ciudad de Plasencia y en otras ciudades a donde concurren mercaderes de todas partes del mundo, quienes realizan todo tipo de intercambios que no van en contra de las buenas costumbres. Además recuerda que existen mercados que se celebran un día a la semana en ciertas ciudades y fortalezas.

Estas ferias no se pueden hacer sin una concesión especial del príncipe o rey; el derecho de la feria es propio de la Majestad y pertenece a las regalías denominadas mayores.

Pueden establecerse mercados sin el privilegio del príncipe, según algunos autores ya que el comercio corresponde al derecho de gentes. Pero contra este criterio afirma Antúnez que los mercados y las ferias tienen un idéntico efecto, aunque se denominen con nombres distintos o diversos. Es más, vulgarmente se denomina "feria" al mercado que se hace un día por semana, que es lo mismo que llamarle *nuddina*: por lo que lo dispuesto respecto a la feria tiene lugar también respecto a los mercados. Las normas imperiales se refieren indistintamente a ferias y mercados y así en la misma ley con una misma disposición se obliga tanto a los mercados como a las ferias y eso es así en virtud de la regla según la cual ley que dispone sobre muchos

determinables se considera que afecta igualmente a todos ellos.

Las ferias no pueden celebrarse, en opinión de Antúnez, sin la concesión del príncipe, como tampoco los mercados. Y no constituye obstáculo el que los mercados se realice un comercio que pertenece al derecho de las gentes, en lo se fundaba la opinión contraria. Para él si por ese criterio no fuese necesaria en los mercados la concesión del príncipe, tampoco sería necesaria en las ferias puesto que en ellas también se realiza comercio análogo, semejanza que es la base de su pensamiento, como ya se ha recogido arriba.

d) Concesión de títulos nobiliarios

*Teoría de la Nobleza*

Nos referimos, claro está, a la nobleza en el ámbito civil. Antúnez construye su teoría sobre la nobleza desde el criterio de que solamente el rey puede verdaderamente hacer nobles y él puede conferir la plena y universal nobleza. La nobleza fluye del príncipe

hacia todos los nobles como de una fuente. La nobleza es una cualidad accidental, algo moral y de hechura humana producto de la razón que fue introducida por el derecho humano. Atribuida esa cualidad por el monarca, se transmite luego por la sangre.

La nobleza de sangre se adquiere por herencia y se transmite del padre al hijo. El privilegio se concede por el monarca como premio o recompensa a las actuaciones del individuo después de hacer distinción entre una situación y otra, y dejar claro que la nobleza sólo puede concederla el monarca, al igual que otras dignidades, el autor se plantea las cuestiones siguientes (93). ¿Puede el noble renunciar a los privilegios concedidos a la nobleza? ¿Puede ser encarcelado por un delito público?

Es de suponer que el noble no debe ser encarcelado por delito público, a no ser que el delito sea de tal gravedad que, una vez probado, deba ser impuesta la pena de muerte; entonces, justamente debe ser encerrado en las cárceles públicas. Y así lo dispone nuestra ley. Según la cual, los nobles ahí enumerados deben ser tomados bajo custodia en la propia casa, en el alcázar de la ciudad, en la misma ciudad o en la fortaleza. El propio juez podrá asignar estos lugares como cárcel y

así satisfacer el estatuto que dispone que el acusado debe ser encarcelado. *A fortiori*, no podrá el noble ser recluido en la cárcel por un delito civil, aunque sea sospechoso de fuga. Así piensan Covarrubias y otros (94). Incluso ni bajo custodia debe ser puesto por un delito civil, ya que el deudor noble, por contrato o cuasi-contrato, no debe entrar en la cárcel según lo dicho, ni debe ser sometido a custodia, pues el encarcelado en casa, en cuanto a los vínculos públicos, se equipara en derecho y es verdaderamente un encarcelado, como si estuviera en una cárcel pública. Por el privilegio de la nobleza, ni en cárceles públicas, ni bajo custodia similar debe ser puesto el noble.

Con este tema se relaciona la siguiente cuestión: ¿Puede el noble renunciar al privilegio de la nobleza?. Esta es una cuestión muy discutida. Covarrubias, Gutiérrez, Barbosa, etc., afirman que la ley es dudosa en este punto y se pueden presentar pruebas a favor de la parte positiva y negativa, las cuales son consideradas de modo diverso por ellos. Los que niegan validez a la renuncia de los privilegios, son Gómez, Gutiérrez, Cifuentes, Carvalho, etc. Sus principales razones son: que lo mismo que los nobles no pueden ser reclusos en la cárcel por un delito civil, ni tampoco pueden ser excomulgados por un delito civil, ya que la excomunión



es una especie de servidumbre y se entiende que el excomulgado se entrega al diablo como en servidumbre. Los nobles deben gozar de la mayor libertad e inmunidad, no tanto obtenida por sí, como por sus mayores, por cuyo comportamiento debe ser repelido de ellos todo tipo de servidumbre. Claramente, por tanto, para estos autores los nobles no pueden renunciar a los privilegios que conciernen al alma, que es mucho más importante que el resto de las cosas materiales. Luego no pueden renunciar a los privilegios de la nobleza en razón de la libertad e inmunidad concedidas (95).

Los que opinan que el noble puede renunciar al privilegio de su nobleza, son Covarrubias, Gregorio López, Barbosa, etc. Quienes consideran esta opinión mucho más probable, por resultarles demasiado sutiles y forzados los argumentos anteriores.

Sopesados los argumentos de una y otra parte, Antúnez se inclina por la última ya que observa cómo todos confiesan que el noble tácitamente puede renunciar al privilegio de la nobleza, por ejemplo, ejerciendo el arte vil y mecánico. Luego también expresamente podrán renunciar al privilegio de la nobleza, de acuerdo con la regla de que cualquiera puede renunciar a su derecho y privilegio.

Mantiene como excepción con Covarrubias, que si de la renuncia de algún privilegio se pudiese deducir que se deroga éste para la nobleza de modo general en el mundo, por ejemplo, en cuanto se le infiriese un suplicio horrendo a algún noble, entonces no se debería admitir dicha renuncia, ya que ese privilegio fue concedido a la nobleza en todo el mundo, y no es personal, sino real; por tanto, no se puede renunciar. Cuando el privilegio fue concedido a una dignidad, no tiene validez su renuncia.

#### *La Donación de Títulos Nobiliarios*

De acuerdo con lo señalado como regla básica, solamente el rey crea las dignidades de Duque, Marqués, Conde, etc. La concesión de estas dignidades supone un premio, el rey debe condecorar a los nobles beneméritos con títulos y dignidades, para que otros con la esperanza del premio se animen a llevar a cabo acciones arriesgadas en honor del reino y su rey.

Todas esas dignidades las clasifica Antúnez en tres grandes tipos (96): Primera; casos en que se concede el título sin participación en la administración. Segunda;

concesión de título y jurisdicción. Tercero; concesión con oficio, jurisdicción y tierras. El autor trata de modo muy predominante el tipo que implica concesión de oficio jurisdiccional y tierras, ordenando su exposición por títulos nobiliarios de Duque, Marqués, Conde, Vizconde, Barón (97) haciendo un entretreído de datos históricos y criterios jurídico-teóricos y consuetudinarios, que procuraremos ordenar a continuación.

Duques, marqueses, condes, etc., se ordenan así por Antúñez recogiendo el criterio de que los duques preceden a los marqueses y a los condes, y los marqueses a los condes. Por consiguiente, después de los reyes siguen los duques, después los marqueses y a continuación los condes. Es así, que tanto en las leyes como en los privilegios, se nombra primero a los duques que a los marqueses y que a los condes; luego no hay duda de que los duques deben ser preferidos a los marqueses y a los condes.

El de mayor dignidad debe preceder y, entre iguales, el más antiguo en la dignidad, y, en igualdad de circunstancias, el mayor en edad.

- Duques

Hace aquí Antúñez una reconstrucción histórica del origen de este título o dignidad. Encuentra el título de duque (o *dux*) en la dignidad que tiene su origen de los duces, que en los tiempos del nacimiento del imperio romano iban al frente de los ejércitos, como los tribunos y los *magister militum*, de los que hablan Lucas de Paena y otros. Duque es aquél que tiene el oficio de conducir al ejército, o dirigirlo, y precederlo en la batalla. "Duque quiere decir lo mismo que caudillo conductor de gentes, que recibió ese oficio de manos del emperador, y por este oficio, que era muy honrado, recibieron del emperador los que los tenían grandes tierras que son ahora los llamados ducados". El nombre y el título de duque provienen del hecho de que en otro tiempo el pueblo que iba a la guerra elegía un caudillo, a quien, lo mismo que al rey en tiempo de paz, le daba la plenitud de potestad en la guerra. Y de aquí se deriva el nombre y título de duque.

Otros afirman que los duques se denominan así por proceder este término de duces, llamados también provinciales, que, al mismo tiempo, eran gobernadores. O, finalmente, de los jefes militares de las fronteras, ya que el imperio romano se extendía ampliamente. En este

aspecto Antúnez hace gala de su erudición clásica hilvanando textos y referencias a personas como el caso de Antonio cuando se jacta de ser dueño del mundo. Recuerda que por esta causa Roma fue llamada cabeza del mundo, morada de todo el orbe, dueña del imperio y de todas las cosas. Virgilio en la Eneida dice de los romanos: "A éstos no les pongo límite de las cosas, ni del tiempo, pues les di un imperio sin fin". Y Ovidio: "A otras gentes les fue dada la tierra con un límite, para los romanos se confunde el espacio de la ciudad con el espacio del orbe", etc.

Hecha esta apelación a la cultura clásica, Antúnez, más realista, recuerda que el imperio romano también tuvo sus límites, ya puestos por la naturaleza, ya contruidos por el ingenio humano: los mares, rios, montes, fosos, castillos, fortalezas, muros. Como el imperio estaba limitado por los barbaros, los romanos colocaron soldados en las fronteras, para que permanecieran allí y defendieran los límites del imperio. A estos soldados constituyeron en Duces, y les llamaron *limitanei*, porque militaban en los límites del imperio; y a los oficios de *praepositi* y *praefecti* en esas unidades les llamaban *duces*. Pasado el tiempo el oficio de *dux* fue convertido en título y dignidad. Ducado pasa a significar el estado o la jurisdicción ducal. Se ha

dicho por algunos que los duques podían acuñar moneda de oro, a la que en España llaman ducado de oro, opinión que Antúnez señala como ridícula. Lo que sí está claro es que dicho título fue aplicado no sólo a la calidad de la familia, sino también al lugar o territorio del oficio y residencia.

Entre los duques del siglo XVII y los anteriores se da una diferencia según Antúnez. Muchos de los anteriores no reconocían superior. Como ejemplo cita los de Italia, los de Mantua, Parma, Urbino, etc., quienes, en sus jurisdicciones y estados, reclamaban tanta potestad como el emperador en el imperio. Afirma Antúnez que si bien los duques portugueses tienen título y dignidad concedida por el rey, como donatarios de la corona; por esto mismo no tiene aquellas prerrogativas que reclaman los que dicen no tener superior, sino que gozan de algunas prerrogativas de acuerdo con las concesiones reales y las costumbres de Portugal.

Las insignias ducales varían en cada lugar según la costumbre. En España los duques no pueden usar diadema con rayos, porque sólo compete al rey, sin embargo, por la excelencia de la dignidad, usan una simple corona redonda a modo de una cinta con gemas y piedras preciosas que rodea el cabello.

Las insignias de los duques son más excelentes que las de los marqueses y los condes, a los duques se les permite llevar sobre las armas un círculo redondo a modo de corona con gemas y piedras preciosas fijadas o esculpidas, para demostrar su dignidad más ilustre y su mayor esplendor. A los marqueses y a los condes solamente se les concede un círculo redondo sin piedras ni perlas preciosas, como en forma de corona designado el dominio, la jurisdicción y la dignidad real concedida por el príncipe. De la preeminencia de esta dignidad respecto a otras nadie puede dudar.

Pone Antúnez en duda que a los duques les corresponda de suyo el título de excelencia o de excelentísimo. En primer lugar, su reconocimiento proviene de que los duques en sus ducados se pretenden equiparar a los reyes, reclaman la misma potestad en su ducado que el emperador o el rey en su imperio o reino; es así que a los reyes les compete el título de excelentísimo, como ocurre con los reyes de Francia y Portugal; luego entiende que a los duques les compete el mismo título de excelencia, alegando que en la equiparación debe existir el mismo criterio para los comparados.

El título de majestad corresponde solamente al emperador, o al rey; y del mismo modo que al rey le

corresponde el título de excelentísimo, así también se le reclama como propio de los duques, alegando que si maiestad se dice del mayor del estado, y la potestad del duque es la mayor de su estado en el ducado, aquello que conviene al rey en su reino, no debe ser denegado al duque en su ducado. Todo ello procedería en los ducados que tienen los derechos del imperio y no reconocen superior, no así a los de España y de otras regiones que reconocen superior.

Sin embargo, recuerda Antúnez que según la costumbre, los duques suelen usar el título de excelencia, y así son tratados ordinariamente por todos; luego ya muchos no dudan de que dicho título les compete, porque en esta materia debe ser tenida muy en cuenta la costumbre. Pese a todo, Antúnez se inclina en contra, puesto que, por derecho, los duques se consideran personas ilustres, por lo tanto, de ningún modo pueden asumir el título de excelencia, en lugar del de ilustrísimos, y además, porque el título de excelentísimo solamente compete a los reyes, luego, los duques que están en una dignidad inferior, no pueden usar un título que solamente compete al rey. Sobre todo, porque como todas las prerrogativas y títulos de dignidad se derivan del rey como de su fuente, solamente aquellos duques podrán usar el título de excelencia, cuando nominalmente



y de forma expresa se les ha concedido en la donación o en el privilegio, puesto que no pueden usar más allá de lo expresamente concedido en la donación, como en este tratado frecuentemente se encuentra dicho y probado. Recuerda en su apoyo que según Bobadilla, los duques no deben ser tratados de excelencia, sino de señoría, y que en Portugal fue promulgada una ley el 16 de septiembre de 1597, en la cual se advierte que nadie puede tener el título de excelencia fuera de los hijos de los infantes y el duque de Braga. Por lo que no existe ninguna duda respecto a esta cuestión en ese reino, pues lo que ha sido resuelto por ley no debe ser discutido. Luego que el título de excelencia no puede ser usado por los duques es cierto para Antúnez, porque las insignias de este título exclusivamente son reales. Aunque es verdad que después de dicha ley el rey Felipe concedió al duque de Aveiro que se denominara con el título de excelencia, por la magnitud de aquel estado y la máxima calidad de la misma persona, que procedía de sangre regia por línea masculina; como consta por cierta certificación del secretario Luis de Figueiredo, a la que llaman en Portugal *Fortaria*, otorgada en Valladolid el día 12 de diciembre de 1605. Todo ello no pasa de ser una excepción.

- Marqueses

Al igual que en el caso anterior Antúnez intenta reconstruir el origen histórico de la dignidad citada y nos dice que, omitidas algunas opiniones que sostienen que los marqueses recibieron el nombre de marchia, por el hecho de que algunos lo pusieron en su escudo, a los cuales se refiere Menochio y Bobadilla. Sin embargo es más corriente la opinión de los que opinan que el nombre procede de marcha, que es un nombre céltico, con el que se denominaba al prefecto de caballería.

Le parece más lógico a Antúnez que marqués proceda de marchia, nombre gótico o germánico, que significa límites, tomado como ocasión de los límites y de los predios limítrofes que custodiaban, como militares de frontera o de los límites de los enemigos, y como después se comportasen bien merecieron tener como merced los mismos límites en feudo y en agradecimiento del servicio militar. Así son llamados marqueses los *præposit limitanei*.

La dignidad de marqués es menor que la de duque, a no ser que el marqués no reconozca superior, y tenga los derechos del imperio. ¿Cuál es el origen de la preferencia?, ¿la costumbre? o ¿es preferente el marqués al conde por derecho común?. No consta suficientemente,

porque la dignidad de conde es antiquísima, de tal manera que fue tan grande la prerrogativa de los condes en los imperios occidental y oriental, que se anteponía a los duques y éstos se unían a aquellos en la disciplina militar. Lucas de Paena dice que en Germania los condes preceden a los marqueses (98). Bobadilla dice que la dignidad de conde fue más antigua que las dignidades de duque y marqués. Por esta razón, para estos autores los condes deben ser preferidos a los marqueses (99).

Por el contrario, para Antúnez debe decirse que es preferido el marqués al conde por derecho común, conforme con Mastrillo en el hecho de que el marqués se sienta en la asamblea de los próceres y de otros magnates con silla preferente a los condes, y si bien en Germania se dice que, por costumbre los condes preceden a los marqueses, realmente se observa todo lo contrario en forma general. Por derecho regio es mayor la dignidad del marqués que la dignidad del conde, pues según la legislación portuguesa los marqueses se sientan junto al rey y preceden a los condes, si bien no faltan intérpretes disconformes, pues Machado dice que primero se sientan los príncipes, después los duques, a continuación los marqueses y, por último, los condes.

Se dice que los marqueses no solamente son ilustrados, por lo que según costumbre, son llamados ilustrísimos, según Riminaldo. Pero Antúnez sólo lo admite en los marqueses que no reconocen superior, no así en los marqueses de España y Portugal a los que entiende que solamente es lícito tratar de señorías.

En Portugal no existió el título de marqués hasta el reinado de Alfonso V. Este rey creó el año 1450 el marquesado de Valença (100).

- Condes

Sigue aquí Antúnez la misma fórmula que en las dos anteriores y nos argumenta que los condes son denominados así del concepto "acompañado", por el hecho de que acompañaban a los duques, y gobernadores de provincias; también se llamaban condes a los que servían al príncipe en el palacio. Y otros, cuyo consejo usaban los emperadores y reyes, se llamaban condes consistoriales. Aunque en un principio sólo tuviesen la dignidad, posteriormente este título fue concedido con la administración del oficio de gobernadores de provincias, y además, con residencia en las casas de los príncipes. El orden de los condes fue creado por Constantino, pues como emperador concedió honres a muchos, por lo que pensó en diversos grados de dignidades. Y porque el

aula del príncipe se llamaba *comitatus*, de *comitatus* derivó la palabra *comes*, luego *conda*. Conde viene de condado y el mismo condado no es otra cosa que el ámbito del campo, es decir el territorio. "Por lo que aquél que no tiene campos de villas propiamente no puede decirse conde." Otros eran los "condes de la milicia", quienes dirigían a los militares en las fortalezas, o a los batallones de caballería o de la cohorte; o presidían alguna legación.

Para Antúnez esta dignidad de conde fue la primera en España y duró hasta los reyes de España, siguiendo en ello a Bobadilla por lo que los reinos de Castilla, Portugal, Galicia y Aragón se rigieron con el título de condado en un principio. Y el reino de Lusitania fue dado con el nombre de condado en dote por Alfonso VI de Castilla a Enrique de Borgoña.

Son real y verdaderamente condes los que así fueron investidos por el rey o por aquél que tiene la potestad de conferir esa dignidad. Es necesario, para que alguien propiamente se llame conde, que sea investido "del condado con territorio de villas y castillos", según Lucas de Paena. Hay algunos que no tienen condado, o territorio, aunque ejerzan sin administración con el nombre y dignidad de condes como son los condes

del sagrado palacio, y otros de quien habla Mastrillo, pero no son propiamente condes, sino que de forma impropia y abusiva son llamados condes.

Por lo cual estos antiguos *comes* son condes impropios para Antúnez y no deben traducirse como "condes", porque carecen de la dignidad específica, por el hecho de que la dignidad de condado sólo es plena y perfecta con la asignación de feudo o fortaleza. Hay que advertir que "aunque en la antigüedad para que alguien pudiera ser llamado conde era necesario por derecho que al menos tuviera un territorio con cien villas sometidas a su jurisdicción, sin embargo, entre nosotros es suficiente que la dignidad sea conferida por el rey con el título de condado de alguna fortaleza o castillo; como la experiencia nos hace observar tanto en este reino como en Castilla; no puede admitirse lo que dice Mastrillo; que el condado debe consistir en una ciudad, donde exista obispo, no en villas o fortalezas, porque no se observa por costumbre".

Los condes son ilustres, e, incluso, ilustrísimos, se sientan junto al príncipe y preceden a los barones y a los demás nobles, con excepción de los duques y los marqueses. Pero Antúnez recuerda que, como dijo antes,

en el reino de Portugal no se llaman ilustrísimos, sino señorías.

Alega que debe tenerse en cuenta que en el reino de Lusitania, la dignidad de conde es más excelente que en otros reinos de España; en Lusitania los condes son magnates, vulgarmente "grandes". Lo cual supone gran dignidad y autoridad, y están junto al rey con la cabeza cubierta. De tal manera que aquél a quien le asiste el derecho de cubrirse y sentarse, si el príncipe se lo niega, le hace una injuria.

- Vizconde

Vizconde es aquél que en la administración del condado hace las veces de conde y administra la justicia representando su persona. Nos dice Antúñez, que es nombre de oficio, y que de esta dignidad gozaban los primogénitos de los condes, quienes, estando ausentes los padres, ocupaban su lugar en el condado. Es cierto que la dignidad de vizconde es real, menor que la de conde y mayor que la de barón. En Portugal hasta el reinado de Alfonso VI solamente existía un vizconde, el de la villa nueva de Cerveira. Posteriormente fueron creados tres vizcondes, el de Asequea, otro das Gabeas y otro de Fonte Arcada. El primero de la villa nueva de Cerveira por razón del amplísimo estado y de la multitud

de vasallos, tiene el nombre de magnate (vulgarmente "grande") y tiene las prerrogativas y privilegios del conde; se sienta junto al rey con los condes, y les precede a quienes son posteriores en la concesión de la dignidad. Finalmente está junto al rey con la cabeza cubierta, lo cual ha obtenido, no por ser vizconde, sino por una gracia especial que le fue concedida por el rey Juan IV. Pero otros vizcondes no tienen ninguna prerrogativa de las dichas, ni son tratados de señoría, pero preceden a los barones en los actos públicos, sobre todo en las cortes generales.

- Barones

Para Antúnez "barón" proviene de *barya*, que es nombre griego, y significa lo mismo que en latín, hombre grave y fuerte. Por el hecho de que grave y fuerte debe ser el varón, como dicen Lucas de Paena y otros, aunque otros añaden que procede del hebreo y que significa hijo. En un principio los barones fueron hijos de los reyes, ya que los reyes no podían hacer reyes a todos los hijos, pues el reino era indivisible, donaban a los hijos amplios castillos y fortalezas con jurisdicción e imperio, y éstos se llamaban barones. De modo distinto piensa Teodoro Hoëping, quien afirma que el título de barón fue tomado del oficio de tabernero pues los nobles



Juan de Taube y Alberto Krause, fueron capturados por los moscovitas en batalla y conducidos a Moscovia, donde fueron tratados con rigor hasta que liberados se acomodaron a Moscovia y recibieron prerrogativas y privilegios por elaborar cerveza dulce y vino fuerte, y de aquí recibieron el título de barones libres ante los demás. Por este motivo obtuvieron del rey Segismundo Augusto de Polonia la confirmación de este título y de este estado de libertad. Antúnez entiende que esta historia es demasiado ridícula y más le agrada la primera derivación citada según la cual el nombre fue introducido por la conversación de los que usaban el nombre de barón.

Barón, pues, tanto en Lusitania como en Cataluña, Galicia, Sicilia, se dice propiamente de "aquél que tiene fortalezas concedidas por el rey con jurisdicción" y a modo de título de Baronía, como afirman Baldo y otros. Se dice barón a aquél que fue investido por el rey de Baronía, aunque no tenga muchos sino un solo castillo.

Nos recuerda Antúnez que aunque Bobadilla diga que en Castilla equivalen los señores de los vasallos a los barones en otros reinos, sin embargo en el reino de Lusitania existe una diferencia entre los señores de los vasallos y los barones. Menciona el caso portugués del

barón de Alvito, a quien le fue concedida una fortaleza por el rey con jurisdicción y con el título de baronía a perpetuidad. Del mismo modo otros señores de vasallos tampoco pueden ser llamados barones, según Mastrillo, porque no es suficiente la concesión de un castillo o una fortaleza con jurisdicción, o de muchas fortalezas; incluso ni la posesión del feudo para que alguien pueda llamarse barón, a no ser que la concesión haya sido hecha a título de baronía. No tendrán los señores de las tierras y vasallos la dignidad de barones y sus efectos, porque la baronía solamente se constituye por una distinción del rey (101).

*Límites y Características de las Donaciones de Tierras y Funciones Públicas*

Como ya vimos en el punto anterior las concesiones de dignidades de las que habla Antúnez, implican la donación de tierras y de jurisdicción.

Para él y por regla general este tipo de donaciones se hacen de por vida, hasta la muerte lo que implicaría que una vez muerto el donatario, la dignidad no sería heredada, o mejor dicho no se transmitiría a su hijo o

sucesores, por la sencilla razón de que el privilegio personal no sale de la persona a quien se concede.

Pero según otros autores, entre ellos Baldo citado por Antúnez señalan que (102) la donación hecha por el príncipe a modo de beneficio, en cuanto es real pasa a los herederos. "*Dignitas simpliciter concessa per modum beneficii dicitur realis, et perpetua.*"

Sin embargo Antúnez se inclina más por la idea de que si la dignidad fue concedida para la vida del donatario simplemente se extinga con su vida y su persona.

Si la dignidad se concede a una ciudad o una fortaleza, porque el rey erige en ese lugar un ducado, marquesado o condado etc. y posteriormente lo dona a alguien a perpetuidad, entonces la dignidad es real y el posesor se denomina duque, marqués o conde, porque el lugar lleva consigo la dignidad, que pasa a cualquiera que sea señor del lugar. De tal manera la dignidad adscrita al lugar es inseparable, que necesariamente, a aquél a quien pasa el lugar pasa también la dignidad.


El marido duque o marqués o conde, hacen a la esposa duquesa, marquesa o condesa; incluso después de la muerte del marido, lo mismo que el rey hace a su mujer reina incluso después de muerto (103).

No ocurre igual al contrario aunque comúnmente al marido de la condesa, duquesa etc., se le llama duque o conde, pero muerta la esposa no se les puede denominar así.

Hay que tener en cuenta también que la dignidad se confiere de forma individual por el bien público, y lo mismo sucede en aquellos casos en los que la dignidad se transmite; es decir, cuando se concede para siempre, tanto para sí, como para los hijos, entonces sucede en ella solamente el hijo primogénito.

Partiendo de la idea ya señalada con anterioridad de que el príncipe puede donar los bienes de la corona real siempre que de esta donación no se siga un grave daño para el reino y la corona, como ya dijimos, de tal manera que el que alega haber recibido las regalías del emperador, no puede caer en el crimen de lesa majestad; sin embargo, como siempre las regalías y la jurisdicción se entienden concedidas debemos atenernos a la regla de que sólo se incluye en la donación lo que expresa y nominalmente se concede (104).

La razón de esto radica en el hecho de que los derechos reales son especiales de aquél que no reconoce superior, por eso sobrepasan el derecho común, y su concesión debe interpretarse de una forma estricta y



restringida, no pudiendo ser jamás extendida ni traída como consecuencia.

Por tanto, cuando se dona un castillo o lugar de forma general y simple, no se considera concedida la jurisdicción, la cual es separable del castillo, ya que ésta puede corresponder a uno y el castillo o territorio a otro. Es más, cuando se dona un castillo con su territorio, no se incluyen las regalías en la donación, a no ser que se haga mención especial de ellas.

Define Antúnez la jurisdicción como la potestad pública de conocer y juzgar sobre las causas, que no se concede por el consenso de los privados, sino por aquél a quien corresponde el ejercicio de la autoridad pública, tanto si es el pueblo, como si es el príncipe. Cuando se concede la jurisdicción de un castillo o de una fortaleza, también se considera concedido el mero y mixto imperio. Sobre todo, si antes en el castillo estaba un magistrado, quien juzgaba las causas en virtud de ese mero y mixto imperio (105).

Es interesante la pequeña teoría que trata Antúnez de las formas de concesión. En las donaciones de la jurisdicción se añade la cláusula "se concede la jurisdicción con el mero y mixto imperio", fórmula muy útil según Antúnez ya que en Portugal solamente se

considera concedida cuando se hace mención expresa de ello. El mero imperio es el puro y simple, el que subsiste por sí, sin que lleve consigo jurisdicción alguna ya que consiste en la primera potestad de la espada, que se vincula al rey y a la corona. Otra cláusula añadida a las donaciones es "a ciencia cierta" que tiene el mismo significado que "plenitud de potestad" estas cláusulas se entiende que se añaden si el rey ha sido informado, si no se ha informado la donación no produce los efectos deseados. La cláusula *motu proprio*, frecuentemente unida a la donación, le da gran firmeza, porque por ella se entiende que lo concedido ha sido de forma espontánea y sin que nadie lo pidiera.

En las donaciones que se hacen a la reina y a los infantes hijos de los reyes, se suelen incluir tanto las cláusulas indicadas, como otras más generosas en razón del amor, porque los infantes son una tercera clase de personas, diversa de los señores y de los súbditos, por eso se sobreentiende que se les concede una mayor jurisdicción, y todo lo que puede ser incluido en las cláusulas de donaciones; por eso en la legislación se establece la jurisdicción que corresponde a la reina y a los infantes (106).

En la donación de un castillo o de una fortaleza con jurisdicción no va incluido el derecho correspondiente al pueblo sobre la elección de magistrados, a no ser que se diga de forma expresa, pues el príncipe concede los castillos y las fortalezas a los dueños inferiores utilizando aquella ley que impide la disminución o debilitamiento del derecho que tienen los pueblos, porque se les haría una injuria si en estas fortalezas los dueños constituyeran jueces distintos de los elegidos por el pueblo, y ellos fueran los encargados del primer conocimiento de las causas. Por esta razón, la Ordenação prohíbe a los donatarios la constitución de jueces foráneos (107). Ni los dueños de las tierras ni sus auditores, pueden inmiscuirse en sus elecciones, ni siquiera para confirmar a los jueces, a no ser que esto se les haya concedido de forma expresa y especial. Los jueces y los oficiales locales no pueden administrar antes de ser confirmados, por lo que los elegidos por el pueblo deben ser confirmados por los monarcas, lo que Antúnez relaciona con el derecho del Bajo Imperio que atribuye esta facultad a los senadores palatinos y a los *praesides provinciae* con referencia a los decuriones.

Puesto que el que confirma la elección, hasta cierto punto la lleva a cabo, debe conocer quién es el

que le pide la confirmación, las causas por las que puede ser impugnada la elección de los oficiales, porque a cualquiera del pueblo le es lícito oponerse a la elección, que mientras están pendientes las excepciones el elegido no puede ejercer, debiéndolo hacer en este tiempo el predecesor; pero esto siempre que el elegido no haya comenzado a ejercer: porque si ya ha iniciado su ejercicio no debe ser removido mientras esté pendiente el pleito, sino que debe ser mantenido en su cuasi-posesión; lo mismo que mientras está pendiente la apelación del opositor contra el elegido, quien ya inició su ejercicio, queda en suspenso el efecto de la oposición.

Los donatarios no pueden apelar del dueño de las tierras a no ser que expresamente se les haya concedido esto en las donaciones, tampoco pueden apelar en su nombre los jueces o escribanos. Tampoco pueden erigir un senado en las tierras donadas, o un parlamento, ni emitir sentencias mediante consenso, porque esto no les está permitido, las jurisdicciones concedidas por el príncipe no lo son tan privativas, que no deban estar sometidas a la dirección y control de la suprema jurisdicción del rey.



Advierte Antúnez que las donaciones antiguas, en las cuales se concedían una mayor jurisdicción y potestad por las cláusulas contenidas en ellas, que rebasaban la mente del concesor, las cuales fueron limitadas por el rey Fernando y, de algún modo, fueron también abrogadas: pero que fueron confirmadas por los siguientes reyes, no obstante la confirmación, deben interpretarse según las ordenanzas del reino, porque no fueron confirmadas con el ánimo de que revocaran las leyes contra las que fue concedida la jurisdicción, a pesar de las cláusulas derogatorias: a no ser que de nuevo el rey concediera una gracia especial sobre algo que ya había sido abrogado, con lo que la concesión se tomaría en el sentido de un nuevo beneficio, no en el sentido de una confirmación. Porque el rey Fernando pudo limitar, declarar y anular en su totalidad lo que había sido concedido por privilegio.

Los magnates dueños de las tierras no pueden elegir en ellas alguacil, a no ser que esto se les haya concedido de forma especial, con el fin de impedir a los presidentes de las provincias su entrada en las fortalezas; y si se les ha concedido esto, solamente podrá erigir a uno para todas las fortalezas de su jurisdicción, quien debe acompañar al auditor, y a los que nombran más de uno se les imponen penas.

Añade Antúnez a este punto la tesis de que el rey como tal puede hacer donaciones incluso de los bienes de la corona real, como antes ya se ha tratado ampliamente. Pero en cuanto Maestro de las Ordenes y patrón eclesiástico, no puede enajenar los bienes y derechos de sus militantes, pues son inalienables, como es notorio, ni mucho menos donar los bienes, jurisdicciones o derechos, porque para enajenar los bienes de la Iglesia se requieren unas solemnidades específicas, entre otras la autorización del Papa.

En cuanto a la prescripción de la jurisdicción Antúnez se plantea ¿puede el súbdito hacer prescribir contra el príncipe la jurisdicción que éste le concedió?. La gran mayoría de los autores se inclinan por la respuesta afirmativa y Antúnez así también lo pone de manifiesto y nos afirma que puede darse la prescripción, pero que no es suficiente una prescripción ordinaria, ni de mucho tiempo, sino que requiere una prescripción inmemorial. Como el príncipe puede conceder, y de hecho suele hacerlo, la jurisdicción con el mero y mixto imperio, como ya dijimos en otro lugar, la prescripción tiene lugar con toda lo prescriptible, porque todo lo concesible es prescriptible. Sobre todo, porque cuando la prescripción es inmemorial, se concediera como otro derecho natural y conlleva un título

superior a toda excepción. Cuando la posesión es inmemorial tiene la fuerza del privilegio, de la concesión del príncipe, de la constitución, de la presunción del derecho y se considera como un título.

Según la legislación portuguesa (108) se requiere necesariamente para la prescripción de la jurisdicción la posesión inmemorial con conocimiento y consentimiento del rey y que no la contradigan los oficiales reales, a no ser que se dijera que dicho conocimiento era necesario en la prescripción de los eclesiásticos, pero no en la prescripción de los laicos; porque esta respuesta se considera divinatoria, y si es así, para la jurisdicción sería necesario el conocimiento del príncipe y de los oficiales, según la primera opinión.

Por tanto, los derechos reales que corresponden al rey en razón de la dignidad y de la preeminencia pueden ser adquiridos según el derecho común, por la prescripción inmemorial o la costumbre que supera la memoria de los hombres.

En cuanto a la prescripción del derecho de patronato Antúnez dice que como este derecho se puede donar, legar y ceder a las iglesias pero si a un laico, también puede ser adquirido por prescripción.

Sobre todo, porque el derecho de patronato de la corona real, a pesar de lo dicho, pierde su naturaleza, es más, cuando se trata de su propiedad, la competencia es del juez eclesiástico, porque va unido a cosas espirituales. Aunque sucede otra cosa cuando la cuestión se dilucida entre el procurador de la corona y el donatario, o entre dos donatarios, o en una causa posesoria, o cuando se trata de bienes a los que el derecho de patronato va unido, porque en estos casos el conocimiento corresponde al juez de la corona real. Pero si el derecho de patronato de la corona sigue siendo eclesiástico y no ha cambiado su naturaleza, si procede la prescripción en contra de la corona lo mismo que contra el privado.

Téngase en cuenta que sobre el tema del patronato volveremos más adelante.

CAPITULO SEGUNDO

DEL REY. EL REINO Y LOS SUBDITOS

EN ANTUNEZ DE PORTUGAL

#### II.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Bajo el pretexto de la donación, y casi al modo de un compositor que construyese una larga pieza musical a partir de variaciones insistentes sobre un tema que le es dado, Antúnez diseña un estudio sobre las facultades del monarca y sus relaciones tanto con los súbditos como con las diferentes piezas insititucionales de la maquinaria estatal. Sin embargo y en coherencia con su deseo de afirmar que está escribiendo un estudio monográfico sobre la donación, desmembrar las piezas de su reflexión jurídico-política y las distribuye mezcladas con otros temas a lo largo de su obra, temas que son objeto de un tratamiento mucho menos elaborado. Diríase que nuestro autor ha querido conscientemente ocultar este trabajo, fragmentándolo y repartiendo sus partes entre diversos lugares de su *Tractatus*.

Pero esta materia constituye un elevadisimo porcentaje del análisis de Antúnez, es el eje maestro de su obra y debe por ello ser destacada. Es también lo más importante de sus páginas y desde luego de más calidad que el resto de sus reflexiones sobre la donación. A fin de señalar de una forma clara ante

nuestros lectores el volumen de esta parte de su obra, que es sin duda mucho más amplio del resto, hemos preferido conscientemente construir un solo capítulo para exponer su doctrina al respecto, ya que de esta forma se destaca por sí sola la primordial magnitud de estos temas en el contexto de su *Tractatus*.

Respecto de una ordenación de temas que, sin deformar el pensamiento de Antúnez permita verificar una exposición que vertebre orgánicamente los treinta y un puntos concretos en los que se ocupa nuestro autor, cabe desde luego una serie variada de posibilidades de sistematización. Por nuestra parte hemos adaptado un diseño inspirado esencialmente en las grandes dimensiones jurídicas casi más fácticas que teóricas en que puede con mayor facilidad agruparse las cuestiones específicas que Antúnez suscita, mejor que optar por el uso de categorías jurídicas elaboradas conforme a criterios demasiado abstractos y que hubiesen supuesto un forzamiento para la forma casuística aplicada por nuestro autor.

Así las cosas el esquema expositivo aquí adoptado aborda en primer lugar la naturaleza jurídica de la monarquía, y después y sucesivamente la significación del reino y la personalidad de los súbditos (punto este



sumamente rico donde incluye además de la personalidad del reino y su indivisibilidad, la posibilidad de enajenar súbditos y la cuestión de la sucesión, electiva o hereditaria, al trono); la relación entre Rey y Cortes; las ptestades generales del Rey en lo legislativo y lo gubernativo; las facultades del monarca respecto a situaciones individuales de los súbditos; y por fin, las cuestiones relativas al poder del Rey en el ámbito de las relaciones internacionales en general y con la Iglesia en particular. Seguiremos pues este esquema en nuestro análisis, en la convicción de que si resulta claro y coherente para entender los criterios básicos de Antúnez desggranados en su puntillosa enumeración y asuntos específicos, no pretendemos decir que constituya la única forma posible de sistematizarlos (108 bis).

## II.2. LA RELACION REY-REINO-SUBDITOS

#### II.2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA MONARQUIA

Para precisar lo mejor posible sus criterios en esta cuestión, Antónex estima necesario partir de la simplificación de la voz "Derecho" apoyándose para este menester en fuentes romanas y patrísticas, son San Agustín, Cicerón, San Isidoro etc., pero con la inclusión notable en este ambiente y tiempo de Calvino.

Recuerda que según Ulpiano (109), derecho viene de justicia, para Cicerón mana de la justicia como de su fuente. Calvino (110) dice que el derecho no puede provenir de justicia porque derecho es primero y más antiguo que justicia. Mientras que San Isidoro identifica derecho con lo que es justo igual que San Agustín.

Pero no quiere nuestro autor abusar de la erudición ya que la lista se haría interminable y entraríamos en un proceso sobre lo que es justo, justicia, etc.

Entiende Antúnez que el término "derecho" debemos asumirlo como una determinada facultad moral que cada cual tiene respecto a sus cosas y a las cosas que le son debidas (111). Partiendo de este concepto básico señala que se llamarían "derechos reales" en un sentido muy concreto aquellos que corresponden al rey y eso implicaría que quienes ejercen tales derechos no reconozcan ningún superior, forma de expresarse que recoge la de los autores posteriores a Jean de Blanot (112).

Esa *plenitudo potestatis* constituye la esencia de la majestad, que se define como la potestad suprema perpetua independiente de las leyes y competente para las personas y las cosas de su jurisdicción (113).

Se llama majestad por ser la mayor dignidad en cuanto a honor y la honra. Se entiende perpetua, porque no reconoce superior, a no ser Dios y la espada, que son la fuente de su origen, y no obstante su imperio por obra o beneficio debido a un tercero, sino que lo recibe de Dios, a quien representa en la tierra; por lo que una vez aceptado está obligado a mantenerlo. El imperio fue concedido por la majestad celeste al César, y por el mismo Dios se le impuso la corona del imperio (114).

La majestad compete a aquellos príncipes que en la tierra no reconocen superior, el rey por la coronación consigue la plenitud de la potestad.

Si el principio es claro, existe alguna discusión que viene planteada respecto a los límites de su potestad. El príncipe debe utilizar la potestad de una forma justa y cuidando la consecución del bien común, de tal manera que la potestad entendida de forma absoluta y categórica no debe ejercerse por el monarca a no ser que la necesidad de la salud pública así lo demandara, pues de forma contraria estaríamos más ante un tirano, que ante un monarca justo, y hay que tener en cuenta que el rey no es el dueño de los bienes de los súbditos, porque el dominio de las cosas desde el origen del mundo, antes de la existencia de la institución de la monarquía, pertenece a los hombres según el Deuteronomio (115). "Lo que pisen tus pies, tuyo será". Es cierto que el rey posee en su reino todo lo relativo a su protección, pero el dominio corresponde a sus súbditos.

Así pues el rey posee ciertos derechos en virtud de su majestad. Estos derechos que competen al rey pueden considerarse regalías, que solamente son los que le son reservados como signo de la suprema potestad, aunque es cierto, que aquellos que no pertenecientes a las

regalías, pueden llegar a serlo, bien por decisión regia bien por costumbre.

Las regalías se dividen en mayores o menores, siendo las mayores aquellas que son inherentes al oficio de rey y las menores aquellas que atienden fundamentalmente al derecho fiscal, aunque comúnmente no se hace o no se puede hacer de forma precisa esta distinción.

No debe olvidarse que Antúnez recoge una serie de regalías como propias del reino portugués como son las siguientes (116):

Primera. La regalía de cortina, la utilizan los reyes para oír misa en las iglesias se prepara como una instancia en forma de lecho con su aureola.

Segunda. El derecho de dar hospedaje y el de recibirlo de los vasallos de forma gratuita y sin compensación. Esta regalía puede ser concedida a donatario pero tiene que hacerse de forma específica no va incluida en la concesión general o de la jurisdicción, ni tampoco en la donación de un castillo.

Tercera. La asignación de las procedencias entre los oficiales o entre los constituidos en dignidad, de tal manera que debe ser preferido aquel que ha recibido del rey este honor, porque el rey puede por alguna causa

y con su potestad ordinaria, conceder a alguien un oficio o dignidad con preferencia sobre otros que tienen mayor dignidad.

Cuarta. El derecho y la potestad de conceder dilatorias o moratorias para pagar a los acreedores para que puedan estar totalmente seguros y no puedan ser molestados durante el tiempo establecido. Esta regalía sólo se concede cuando existen causas muy justas para la dilación moratoria, y la moratoria se entiende concedida por una sola vez y es personal, no pasa a los herederos del impetrante, esta regalía no sólo la concede el rey y no se concede a los inferiores.

Según la legislación portuguesa (117) la moratoria a los deudores sin embargo no puede remitir la deuda o suprimirla totalmente.

Por último existen regalías que pertenecen exclusivamente al príncipe: son la asignación y tasación de medidas y pesos, para que se observe la equidad en los contratos.

También la potestad de prohibir a los súbditos, y de impedir, la construcción en su suelo y en sus tierras de castillos, fortalezas, torres y fuertes, sobre todo

en los confines del reino. Gail explica la razón política de esta prohibición.

Pertenece igualmente a las regalías la asignación de límites a las ciudades, fortalezas y villas, lo mismo que reducirlos o ampliarlos (118).

Hechas estas precisiones de conceptos y lenguaje que va a usar aborda Antúnez la potestad real en su plenitud y conjunto, que es lo que denomina "jurisdicción", palabra que empleará no sólo referida a la potestad de juzgar (*dictio iuris*) sino aludiendo a la conjunción solidaria y orgánica de todos los poderes del monarca engarzados como un todo.

Esta forma de entender la *jurisdictione principis* es lo que se quiere dar a entender al llamar "jurisdicción" a la suprema potestad del príncipe o del rey. De ahí se desprende que toda la jurisdicción existente en los confines del reino corresponde al monarca, aunque los pueblos sean distintos, pues todos colectivamente constituyen un reino, que integra no sólo los territorios, sino, sobre todo, las gentes. El rey que no reconoce superior tiene sobre todo el reino una intención fundada de jurisdicción. Por ello nadie en el reino puede ejercer la jurisdicción, a no ser que manifiestamente se pruebe que le fue concedido este ejercicio por el rey



("quia omnis jurisdictio à Principe tanquam à fonte manate dicitur et ab eo et ad eum fluere, et refluere; sicut aquas amari, et ad mare" [119]).

Desde aquí se engendran dos rasgos derivados de la naturaleza del poder monárquico. Es el primero que la suprema jurisdicción nunca se entiende donada o concedida por el rey, aunque en las palabras generales así se entienda, porque es tan inherente a la persona del rey que no puede separarse de él aun con su consentimiento. El rey, al conceder a alguien la jurisdicción y potestad, se reserva para sí otra mayor. Las jurisdicciones concedidas por el príncipe a los donatarios no son donaciones privativas hasta tal punto que no necesiten de la dirección y el control de la suprema jurisdicción del príncipe. Por la sencilla razón que el príncipe no puede abdicar de sí, esta dirección y encomendársela a otros; puesto que los súbditos se sometieron al rey al transferirle toda la potestad, y por este motivo le concedieron la jurisdicción: para que fuesen juzgadas por él no por los barones. Además, pertenece a la suprema majestad el derecho de apelación o de última decisión. Por este motivo el rey no puede donar tierras y fortalezas renunciando en ellas al derecho de apelación.

El segundo rasgo, sumamente debatido por la doctrina, radica en la peculiar situación de esta jurisdicción ante las posibilidades de prescripción.

En esta cuestión son varias las opiniones de los doctores. La primera sostiene que no hay lugar para la prescripción en contra de la suprema potestad y obediencia del príncipe, la cual todos están obligados a acatar, porque es imprescriptible.

Otros afirman que la prescripción en contra de la suprema potestad del príncipe y de la obediencia se puede dar correctamente en términos jurídicos.

Un tercer grupo distingue entre la suprema jurisdicción del Papa y la suprema potestad del rey; afirmando que no es posible la prescripción en contra del Papa, pero en contra del príncipe secular sí que habría lugar para la prescripción inmemorial; de tal manera que el prescribiente no estaría obligado a reconocer al príncipe como su superior.

Cree Antúnez que estas opiniones contrarias pueden ser reconciliadas; y así, la primera doctrina prevalecería en el caso en que el prescribiente todavía permaneciera como súbdito del príncipe, porque entonces no puede entenderse el no reconocer la suprema potestad

de aquel príncipe para quien es súbdito. Porque implicaría una contradicción el que alguien sea súbdito y no reconozca la superioridad del príncipe; siguiéndose de aquí el absurdo de ser súbdito y no ser súbdito en cuanto a la potestad en la que se basa la sumisión.

Si alguien se comporta como libre sin reconocer a nadie como superior, o no está sometido por un tiempo inmemorial; entonces prescribe en su favor la absoluta libertad, siendo él el superior de sí mismo. Así se concluye que de ningún modo puede prescribir en favor del súbdito el derecho de la suprema potestad y sumisión en contra del príncipe si todavía sigue siendo súbdito; pero puede adquirir la exención y la absoluta libertad si durante un tiempo inmemorial se comporta como cabeza de otra república. Si bien Antúnez recuerda cómo Barbosa opina que tal extremo raramente se puede comprobar, señala también que de hecho sucede que nos encontramos en la Historia con reinos y ciudades libres que procuraron la exención y los derechos de la libertad en contra de la superioridad del emperador.

Finalmente y ante la pregunta concreta de ¿la jurisdicción y los demás derechos reales que correspondan al rey en razón de la dignidad y preeminencia pueden prescribir en contra del príncipe?, Antúnez se inclina

por la respuesta negativa, opinión que reiterará al tratar de la concesión de la jurisdicción y de las donaciones de jurisdicción.

II.2.2. LA SIGNIFICACION DEL REINO Y LA PERSONALIDAD DE  
LOS SUBDITOS. SUCESION AL TRONO. ENAJENACIONES Y  
FRAGMENTACIONES DE TIERRAS Y SUBDITOS

Una cuestión muy tradicional entre los escritores de este sistema jurídico romano-canónico o común al que en definitiva pertenece Antúnez, es la pregunta de si el rey puede enajenar en todo o en parte las tierras y los súbditos de su reino (120) le va a llevar no sólo a tocar este tema, sino también la doctrina de la sucesión, hereditaria o electiva en el trono. Nuestro autor examina conjuntamente la cuestión de si el rey por su potestad absoluta puede enajenar el reino o cederlo y con arreglo a qué derecho se lleva a cabo la sucesión en el reino.

Recuerda para empezar que esta cuestión ha sido enormemente discutida y al llevarnos a estudiar el tema de la sucesión al trono, la primera duda que nos asalta

es: ¿es mejor que el rey ascienda a su cargo por elección o por sucesión?

A favor de la elección, estaría que el propio sistema es algo así como un guardián del equilibrio y ocuparía el lugar medio entre la excesiva servidumbre al rey y la demasiada licencia popular. Un segundo argumento consiste en que la elección tiene en cuenta las virtudes y los méritos, mientras que la sucesión es fortuita y ciega. Como tercer razonamiento hay que decir que, el rector dado al pueblo mediante la elección busca las comodidades del mismo pueblo con quien queda obligado (121).

Para respaldar los argumentos a favor de la elección Antúnez pondera el ejemplo del reino de Polonia donde afirma que viven "felicísimos" porque en este Estado no se declara ninguna guerra temeraria por un tirano (122).

Sin embargo no faltan argumentos para esgrimir en favor de la sucesión como hace el propio Covarrubias (123) cuyos argumentos son, según la síntesis de Antúnez:

Primero. La sucesión debe llevarse a cabo para la tranquilidad del pueblo y para evitar los movimientos de las turbas.

Segundo. El rey designado por elección actuará, o en favor de aquellos que le eligieron, o por impulso del ánimo, o por la exigencia de la necesidad. De donde se deduce que al ser despreciable la condición de los simples libres, ya sean urbanos, ya sean rústicos o campesinos, todo le estaría permitido al monarca elegido por causa de su nobleza, y el resultado final sería algo así como si en su mano estuviera todo derecho de los electores y le estuviera permitido jugar con la sangre y el sudor de los plebeyos.

Tercero. Porque en el hijo del rey hay que esperar la repetición de los méritos del padre, con frecuencia los hijos son semejantes al padre.

Sin embargo, como la contrariedad de opiniones es constante en este punto Antúñez prefiere acudir además de a la doctrina a los usos y costumbres de cada reino y partiendo del hecho de que tanto en el reino de Portugal como en Castilla y Francia la sucesión es el sistema que perdura. Y se usa ante la cuestión ¿debe ser el reino hereditario? establece el siguiente criterio sucesorio lo que le lleva a plantearse, dando un paso

mas amplia, la naturaleza de esa sucesión puede fundamentarse, o bien en un planteamiento sucesorio patrimonial estricto, al que llama "derecho hereditario" o bien en una consideración sucesoria basada en el hecho de la continuidad de estirpe pero sin el contenido patrimonial contemplado en el caso anterior, postura a la que denomina "derecho de sangre" los fundamentos en que se apoyará la defensa de este segundo criterio serían las siguientes.

Primero. Inocencio IV declara, el reino debe pasar al sucesor por un derecho especial del reino y no por derecho hereditario (124).

Segundo. En conformidad con Augusto Barbosa que la sucesión del reino debe efectuarse no por derecho hereditario, sino de sangre y genitura los que entiende se prueba alegando que el rey puede contravenir a la prohibición de la alienación del reino por él en perjuicio tanto de éste, como de sus sucesores y ese riesgo no se presentaría si la sucesión se diera por derecho de sangre.

Tercero. Porque el pueblo transfirió todo el derecho y toda la potestad al rey mediante una suerte o fórmula de ley regia dada para ese fin. Por consiguiente, si el reino se recibe de la república y del



pueblo como de su primer creador, y no del último poseedor se recibe por derecho de sangre pero no es hereditario (125).

Cuarto. El reino se tiene en cuenta la dignidad y la república, que nunca muere aunque se extingan las leyes. Por esa razón como la república siempre vive en sí misma, no puede decirse que tenga heredero. Por consiguiente el sucesor no asume el reino como heredero, puesto que la república nunca está muerta sino que lo recibe por derecho de sangre y derecho del reino.

Quinto. Porque el rey, aunque carezca de prole y de ascendientes, no puede libremente testar sobre el reino, ni retirárselo al consanguíneo más próximo. Y esto conviene a la sucesión por derecho de sangre y no a la hereditaria, en la cual si faltan dos ascendientes se puede establecer heredero a un extraño, olvidándose de los consanguíneos. Luego ese criterio también lleva a concluir que el reino se sucede por derecho de sangre, no hereditario.

Sexto. En el reino solamente sucede uno, esto es desde muy antiguo, para que el reino no se destruyera dividido en partes, luego se sucede por sangre y no herencia.

Frente a este despliegue argumental analiza Antúnez los argumentos contrarios que resume en siete puntos.

Primero. Si se utiliza la vía hereditaria el sucesor del reino puede ser privado de esa cuestión por el hecho de que no cumpla los preceptos de su padre predecesor. Lo cual no sería posible si la sucesión fuese fundamentada en el derecho de sangre.

Segundo. Porque si el hijo del rey renunciara a la herencia del padre, pasa al segundogénito.

Tercero. Porque los reinos fueron fundados por derecho de gentes y, según él los hijos, sin discriminación de edad, sucedían igualmente a los padres. Como claramente se admite que el pueblo transfirió al rey todos sus derechos y su potestad, resulta que por ese fundamento se hizo al reino propiedad del padre, y sus hijos deben ser admitidos a él como a herencia paterna.

Cuarto. Se tiene por razonable y conveniente que el sucesor en el reino debe suceder, al predecesor, lo que implícitamente lleva a considerar que esa sucesión se apoya en derecho hereditario, no en derecho de sangre, ya que por éste no sucede al antecesor inmediatamente.

Quinto. El rey predecesor puede desheredar del reino a su hijo por las causas de las que se habla en la legislación portuguesa (126) y en antecedentes bíblicos. Así, Rubén fue el primogénito de Israel, pero como subiese al reservado y violase el lecho de su padre, le fueron dados los derechos de primogenitura del padre a la descendencia de José. No fue Rubén reputado como primogénito. Esta desheredación no procede en los herederos por derecho de sangre, porque sucede, no el último poseedor, sino el primero. Luego la sucesión en el reino se da por derecho hereditario.

Sexto. Porque por los textos legales se prueba que los reinos de España son hereditarios (127).

Séptimo. También se prueba porque muchas veces en los reinos de España los reyes dispusieron de los reinos, bien dividiéndolos, como sucedió en tiempos de Fernando rey de Castilla, quien dividió el reino entre los hijos. Y en tiempo de Alfonso VIII, como refiere Zurita. Jaime, rey de Aragón, dividió también entre los hijos. Muchos reyes aragoneses dispusieron del reino y sus disposiciones fueron observadas y ejecutadas, como se dice de Jaime que prefirió a las hembras sobre los varones, y de Juan que excluyó a su hija Yolanda e instituyó rey a su hermano Martín y tuvo efecto este

testamento. Enrique, rey de Castilla constituyó a Juan heredero del reino, sustituyendo las hijas por él, e impuso fideicomisos y gravámenes, como consta por su testamento en "La Crónica de Juan II". Antúnez se inclina por esta opinión que defiende el "derecho hereditario" y no constituyen para él obstáculo los argumentos aducidos en favor del "derecho de sangre". Entiende que, aunque realmente la sucesión del reino se dé por "derecho hereditario" no hay inconveniente porque el reino, por su naturaleza es indivisible, en razón del bien público a quien cualquier división contradeciría, eso justifica que por costumbre se introdujese entre todos los pueblos la convicción de que para preservar la utilidad pública el reino se conservará indivisible, aunque sea hereditario. A partir de esta afirmación Antúnez entiende legítimo jugar con cierto equívoco pues señala como principio rector a tener en cuenta la razón de que la república es mejor gobernada por uno que por varios con lo que da por sentado implícitamente que una división de reinos no fragmenta la república sino que la hace ser gobernada por varios frente a la tesis de que el gobierno de uno solo o estado monárquico es el mejor de todos, como afirman varios autores quienes lo prueban con varios ejemplos y la autoridad de numerosos doctores.

Concluye Antúnez afirmando que el rey no puede disponer del reino ni enajenarlo tampoco puede disminuir los derechos del reino tampoco imponer una servidumbre al reino. Por la razón de que el reino es indivisible; el rey está obligado a observar la individualidad para el sucesor.

Otra cuestión enlazada con la anterior, es la de si puede el Rey enajenar parte del Reino, una ciudad u otros bienes. También aquí aplica Antúnez la misma metodología que ha usado en el punto que acabamos de considerar. Ante la pregunta de si ¿puede el rey enajenar los bienes del reino, de la corona e, incluso, a los vasallos contra su voluntad?. Nuestro autor examina primero un bloque de argumentos según los cuales en el príncipe se da un doble patrimonio, uno es el patrimonio del príncipe, otro el patrimonio del fisco o de la corona. Por consiguiente, el príncipe tiene dos administraciones una del fisco o de la corona y otra del patrimonio. La administración del patrimonio no se considera como procurador del príncipe, sino en cuanto administración de la persona privada del mismo príncipe. Y por consiguiente hay que decir que el rey puede libremente donar y enajenar cualquier bien de su pertenencia particular, perteneciente a su patrimonio privado, o

procedente de la confiscación; siempre que todavía no haya sido incorporado a la corona real.

Pero si los bienes pertenecen al reino o a la corona real, por ejemplo, una ciudad o una fortaleza, la cuestión es muy controvertida. ¿Puede en estos casos el rey enajenar o donar?. En esta cuestión, en favor de la sentencia negativa se inventarían hasta seis razones fundamentales suscitadas por diversos autores, a las cuales añade Antúnez como argumento decisivo que: el príncipe puede considerarse como marido de la república y el reino como dote de la república, pero el marido no puede enajenar la dote, luego siquiera el rey puede donar o enajenar los bienes de la corona.

No obstante el anterior razonamiento, la tesis contraria, es decir, que él puede enajenar libremente, le resulta más probable a Antúnez, pese a entender que se pueden alegar argumentos en su favor. Y no sólo cualquier bien de la corona puede donar y enajenar, incluso también una ciudad o fortaleza del reino, mientras no se infiera un notable daño por la enajenación o donación del reino. En favor de esta opinión recuerda Antúnez que Menochio cita a cincuenta y cuatro doctores. Todos los cuales enseñan que el príncipe tanto "inter vivos", como por "última voluntad" puede

donar y enajenar todo aquello que no perjudique gravemente a la corona, o a sus sucesores c no sea una donación total de sus dominios. Lo contrario sería una miserable y, en cierto modo, servil condición del príncipe, inferior a la de los particulares, al no poder disponer de algo.

Antúñez sugiere dejar al arbitrio del criterio judicial la determinación de cuándo la donación de una ciudad o fortaleza lesiona al reino o a la corona real. El juez habrá de tener en cuenta la cualidad del rey donante, la magnitud del reino y, de forma especial, la cualidad del donatario para ver si la donación lesiona al reino, al Estado, para sustituirla o revocarla. Como cautelas recuerda Antúñez a los maestros en esta materia cuando advierten que si la ciudad o el castillo que se dona es principal y la ciudad insigne, entonces del detrimento causado con la donación sería grave. No puede el príncipe hacer inmensas donaciones lesionando la corona, porque, según la opinión de los autores, no tendrían valor, aunque se firmaran bajo juramento. En estos casos no solamente el rey donante puede revocar la donación, sino que, además el sucesor no está obligado a mantenerla y puede también revocarla, y ese rasgo sucede de forma especial si la ciudad donada está muy fortificada por hallarse en las fronteras del reino; pues

esta enajenación causa un gran detrimento al reino, sobre todo si el donatario es extraño al mismo príncipe.

Es más, no tendrá valor la donación o enajenación de una ciudad, fortaleza o castillo, si dicha donación tiene tal alcance que desaparece por completo el dominio y la autoridad del príncipe sobre lo donado o enajenado, pues entonces se considera como un gran daño para el reino. Es un principio básico el que el rey, cuando hace una donación, debe hacerla de tal manera que siempre los lugares, fortalezas del reino y vasallos permanezcan bajo la suprema potestad del príncipe. Los vasallos de los señores siempre permanecen sujetos al supremo dominio del rey; de tal manera que están obligados a ayudar al rey, incluso contra el propio Barón o señor inmediato. Los mismos vasallos de los señores están obligados a prestar juramento de fidelidad al rey. De ningún otro modo puede el príncipe enajenar fortalezas y ciudades del reino, es decir, abdicando totalmente en su dominio directo, como suele decirse, el rey actuaría de homicida de su propia dignidad. No tiene validez ningún privilegio, según el cual, alguien pudiera estar exento totalmente de la suprema autoridad del príncipe. Lo cual tiene validez incluso en los casos de que la donación sea hecha por el rey a un obispo, ya que en estas donaciones la suprema autoridad



no pasa al obispo, sino que permanece en el príncipe el dominio sobre la ciudad donada.

Por último suscita Antúnez una tercera cuestión ligada con la antecedente: ¿Puede el príncipe donar a los vasallos contra su voluntad?. Para nuestro autor en esta cuestión debe optarse por la tesis negativa, es decir, los vasallos no pueden ser transferidos por el príncipe a otro contra su voluntad, porque siempre es inferior el donatario y a los vasallos les interesa ser gobernados por el rey, no por los inferiores, debido al diferente talante menos generoso que identifica a éstos. Por otra parte, es indecoroso que el rey transfiera su dominio a un particular. Y se confirma con tradiciones paralelas como cuando al liberto no se le considera obligado si se le da otro patrón distinto al que le correspondería por testamento. La anterior conclusión presenta sin embargo varias limitaciones.

La primera se refiere si a los vasallos, contra su voluntad, se les transfiere a la jurisdicción de otro juntamente con el territorio, a una universidad ó curia. Una segunda limitación viene determinada por la costumbre establecida de poder enajenar a los vasallos contra su voluntad.

Existe una tercera limitación que, como norma principal, no tiene lugar en este caso. Cuando los vasallos de forma voluntaria, sin contradicción ni protesta en contrario, recibieron una nueva potestad entonces no pueden reclamar. En este supuesto el consentimiento debe ser absolutamente de todos, no es suficiente el de la mayor parte, porque ("quod omnes tangit, ab omnibus debeat adprobari" [128]) lo que afecta a todos, por todos debe ser aprobado. Es más, en esta situación la parte menor debe ser preferida a la mayor. No es suficiente para probar el consenso que cada uno de los interesados individualmente, y en diversas ocasiones, haya manifestado su consentimiento o haya realizado hechos de los cuales pudiera deducirse, puesto que es necesario el consentimiento de todos los reunidos y en la misma reunión. Nunca la mayor parte, apoyada por su propio poder, puede inferir un daño a la menor. Es de notar también, que si los vasallos, una vez hecha la alienación, se mantuvieron tranquilos y callaron durante un largo tiempo, realizaron actos de los cuales puede deducirse el consentimiento y expresamente no protestaron, ya no pueden ser oídos contra la enajenación.

La cuarta enajenación consiste en que no procede la resolución cuando los vasallos son enajenados contra su

voluntad por alguna necesidad pública, debida a una causa justa, por necesidad del príncipe o de la república, etc. En estos casos siempre será válida la enajenación. Por lo que respecta a esta circunstancia, Antúnez recuerda el dicho vulgar de que, la necesidad carece de ley. Incluso puede decirse que la misma ley está sometida a la necesidad, de tal manera que la necesidad hace lícito mucho de lo que no lo sería por solo otras razones. Por consiguiente al establecer cualquier prohibición el caso de necesidad se considera causa de tratamiento excepcional, de forma que en caso de urgente necesidad con frecuencia prescindimos de las normas del derecho. Por lo cual, nada mas digno de aceptar que los vasallos puedan ser enajenados contra su voluntad por una necesidad pública, para que la conveniencia general se preserve puesto que debe ser antepuesta la necesidad pública a la privada.

Sin embargo Antúnez procura matizar mucho esos criterios según los cuales los vasallos pueden ser alienados contra su voluntad, en los casos excepcionales anteriores, especialmente cuando se puede apreciar que la enajenación fuera demasiado perjudicial al reino, o a los mismos vasallos. Cuando es gravemente perjudicial, la enajenación puede ser revocada por el sucesor, sobre todo si los subditos son enajenados en favor de otro rey

y desmembrados del reino; o si es una ciudad notable o una ciudad insigne, aunque se done a un súbdito; porque, aunque en este caso, los vasallos donados todavía permanezcan bajo la suprema potestad del príncipe, no es el reino, sino a los mismos vasallos a quienes se lesiona con la donación: por eso tal donación podría ser revocada por el rey o por su sucesor.

Adicionalmente cabe sugerir otro supuesto relacionando con el anterior. ¿Pueden los vasallos separados de la regia jurisdicción redimirse mediante el abono del precio ofrecido por ellos?.

También la considera Antúnez una cuestión difícil. Para resolverla razona como siempre, resumiendo primero las opiniones de los doctores, conviene distinguir entre la venta de los vasallos domaniales hecha por el rey y entre la venta de vasallos hecha por los señores de las tierras. En el primer caso hay que admitir el retracto del pueblo, pero no en el segundo, ya que el retracto se concede en favor de la libertad de aquél que ha sido enajenado, y los vasallos de los señores tiene un a modo de condición servil, son llamados siervos, y, están sujetos al yugo de la servidumbre. Los señores deberían moverse en interés de los súbditos, como los laicos lo

deben ser por los clérigos. Pero por las continuas vejaciones de que son objeto, los vasallos desean ser gobernados por el rey mejor que por los señores. La realidad de las cosas muestra cuánto peor es la condición de los vasallos de un señor que la de los vasallos del rey, en el primer caso se da una miserable servidumbre, en el segundo la libertad es suma.

Además de todo esto interesa a la república no variar la estructura y recursos del reino. Por consiguiente, si se establece que los vasallos no puedan ser enajenados contra su voluntad por el rey (129), parece coherente que si son enajenados con el territorio y la jurisdicción en virtud de una causa de pública necesidad, puedan redimirse a sí mismos por el precio ofrecido. En ello reside la máxima utilidad del rey y de la corona, pues interesa a la república tener muchos vasallos y conservar la jurisdicción, para que no disminuyan los recursos del reino, que el rey debe tratar de conservar en lugar de disminuir. Si con el precio ofrecido igualmente se remedia la necesidad de la república, procedería el retracto, no tanto en utilidad de los vasallos, como del mismo rey y del reino. Por lo tanto debe admitirse el retracto, a no ser que se infiera un grave daño al comprador privado. Pero siempre hay que anteponer la utilidad pública a la

privada, por lo que decide Antúnez que hay libertad de adhesión a esta tesis aun cuando admite la existencia de criterios contrarios.

Pero en lo concerniente a los súbditos y vasallos de barones, o de otro señor de las tierras Antúnez asegura que pueden ser alienados contra su voluntad y no tener validez el retracto si son transferidos a otro señor igual.

Hay que tener en cuenta de todos modos que las tesis expuestas no serían válidas en aquellos casos en los que haya sido concedido privilegio de que no puedan ser sometidos los vasallos al dominio de un inferior: entonces, ni en virtud de una promesa general, ni de forma separada, ni juntamente con el territorio podrán ser enajenados por el rey, pues como quiera que los vasallos tendrían entonces en favor de sí la prohibición del derecho común de no poder ser enajenados en contra de su voluntad, si alguien violara esa prohibición, obrando en forma contraria, habría que decir que tal enajenación no tiene validez.

Al final de todas estas reflexiones, cabe apuntar únicamente que estas cuestiones de enajenaciones de tierras y vasallos, tan características en la literatura jurídica del tiempo al que Antúnez pertenece, tienen a

nuestro juicio, un importante papel en la historia general del pensamiento político. Poner de relieve la función que corresponde, frente a la soberanía, a los elementos territorial y personal del Estado moderno, destacando su personalidad y significación en una relación dinámica con la abrumadora carga de poder atribuida a los monarcas. Por eso, en nuestra exposición hemos preferido diseñar una sistemática que realzase ese valor, en lugar de acudir a repetir otros nexos más conocidos, como sería por ejemplo relacionar el tema de la venta de vasallos con la encomienda indiana, o las ocupaciones y cesiones de tierras con las polémicas acerca de los justos títulos para la incorporación de reinos y territorios. En cualquier caso además, es evidente que lo relativo a la sucesión podría haber sido objeto de un tratamiento separado en nuestro esquema, pero no es menos cierto que ello habría supuesto una fractura que estimamos excesiva con el hilo de los razonamientos de nuestro autor.

Refiriéndose Antúnez a los bienes de la corona distingue entre lo que es patrimonio privado y público, el primero pertenece al rey y el segundo es regio o fiscal. El privado es el constituido por sus propios bienes, que corresponden al rey en razón de su persona y de su dignidad por haberlo adquirido mediante herencia,

donación, legado u otras causas o porque le están reservados, como son en algunos lugares, bosques, ganados, etc. Jurídicamente se trata de una propiedad privada más.

Constituyen patrimonio público todos aquellos bienes que no pertenecen al privado sino que son realmente del reino, pero pertenece su administración al que manda para que pueda defender el reino, es lo que se llama patrimonio fiscal.

Si bien el patrimonio público es mayor y preferente y de diversa naturaleza jurídica al privado, nos advierte Antúnez que en su criterio no existen grandes diferencias entre ciertos aspectos prácticos de la administración y régimen del erario público y del privado (130). Los bienes que no son del rey no pueden pasar a los herederos sino que quedan en poder del reino no pudiendo enajenarse a otro, en este punto sigue a Gregorio López y la legislación de las Partidas (131).

A la Corona, como ya vimos en puntos anteriores, le pertenecen las ciudades, fortalezas y los castillos, y también los feudos patrimoniales que son aquellos que se reservaron los reyes cuando concedieron las tierras a los municipios para su cultivo.



Antúñez sostiene una opinión que ya recogimos anteriormente, en el sentido de que las tierras del reino no pertenecen ni al rey ni a la corona, sino que son propiedad de los vasallos y de los súbditos y lo expone del siguiente modo:

"Aunque nuestros reyes hayan arrancado el reino de las fauces de los moros, no por ello han adquirido un particular dominio de las tierras, sino únicamente el derecho de distribuir las tierras entre los súbditos, con los cuales, con su sangre y sus tributos, se obtuvieron las victorias, pues las guerras no se hubieran podido llevar a cabo sin los súbditos militares; luego todas las tierras, menos las reservadas a los reyes para su sustentación, son propiedad de los vasallos y no del rey, al que ciertamente los súbditos transmitieron todo el derecho y potestad, con el fin de que poseyeran todas las cosas en orden a la protección y jurisdicción, pero el dominio quedó en poder de los súbditos" (132).

Las vías públicas, las minas, los ríos, los puertos, las islas, nuestro mar Indico, los palacios, las vetas de metales, los bienes vacantes, los bienes de los condenados y de los proscritos, la confiscación, el patronato real: todo ello pertenece a las regalías y se

cuenta entre los bienes de la corona también de los bienes que han sido quitados a los indignos, los bienes que proceden de multas, y penas, etc ... Conviene recordar aquí que no es suficiente con que los bienes se consideren de la corona real, para que por ello pertenezcan al fisco por confiscación o por una de las causas indicadas, a no ser que su incorporación se hiciera por dichas causas, pues ciertamente algunas de estas cosas pertenecen al fisco por la ocupación en su nombre y están incluidas, por mandato de la autoridad pública, en la redacción del cuerpo de los bienes del fisco, hecha de modo solemne, mediante la cual, los bienes pertenecientes al fisco se enumeran entre los bienes fiscales. Esto supone la propiedad, porque incorporar no es otra cosa que añadir miembros a un cuerpo; luego, cuando los bienes ya están unidos al fisco y a él se han incorporado, se consideran un cuerpo, que se llama patrimonio fiscal, por eso, cuando otros bienes se añaden al mismo patrimonio, lógicamente se consideran como nuevos miembros unidos a ese cuerpo, por lo que rectamente se habla de la incorporación al acto por el que se lleva a cabo la unidad y la misma unión.

A esas masas jurisdiccionales y patrimoniales se unen los frutos de algunas prestaciones de los súbditos

en otra parte de la obra de Antúnez. Así ocurre respecto a las augurias y peraugurias. Las primeras son un servicio de los súbditos que se lleva a cabo con carros, caballos, jumentos y naves, y las peraugurias son un servicio personal que el príncipe recibe de los vasallos. Según la legislación portuguesa "la auguria es el derecho real en virtud del cual el príncipe puede tomar los carros, bestias, y naves de sus súbditos a su servicio, cada vez que los necesite" (133). Las peraugurias son servicios personales que los vasallos hacen al príncipe de las propias expensas. Ambos derechos pertenecen a la potestad del rey pero como afirma Antúnez pueden ser dados en concesión y donación a los señores. Están excusados de estos servicios: los varones nobles, doctores de leyes, militares, los clérigos, los médicos, los profesores públicos de disciplinas honestos, etc.

Puede concluirse la sistematización del pensamiento de Antúnez en este tema, recordando su apelación al hecho de que la legislación portuguesa estableció de forma general que a las regalías pertenecían todas las cargas reales, personales impuestas por la ley o por la costumbre, luego las *Ordenações* no incluyen todas las regalías y por determinación del rey o por costumbre

puede llegar a insituirse como regalía lo que antes no lo era.

También hay que advertir de su criterio acerca de que las regalías de un reino no pueden ser reguladas por las leyes de otro, pues cada reino tiene sus regalías propias y esto procede aunque diversos reinos se encuentran bajo la misma corona. En los reinos unidos o anexionados las regalías se rijan por las leyes del reino a quien el otro se ha unido. Normalmente, el reino que viene a sumarse a otro, se rige por las leyes del reino al que se suma, siempre que la unión se hiciera con ánimo de formar un solo reino, porque si la unión no va a ser total, el reino unido se rige por sus leyes antiguas, siempre que sean honestas. Porque, cuando de dos unidos se hace un solo cuerpo, lo que se une pierde su naturaleza y asume la naturaleza de aquello a lo que se une.

### II.2.3. LA RELACION ENTRE EL REY Y LAS CORTES GENERALES

Nos encontramos en presencia de uno de los conjuntos más cuidadosamente elaborados de la obra de Antúnez, tanto que hace pensar en la hipótesis de que estos fragmentos fuesen primero integrantes de una monografía específica que luego se utilizó para la composición de su *Tractatus* lo que sí que está claro es que sin duda alguna, nuestro autor reflexionó con más extensión y con más finura que en otras partes de su obra en esta cuestión de la relación Rey-Cortes.

Podemos sistematizar su pensamiento con referencia a diez cuestiones principales. Significado de la designación; importación; convocatoria; orden de proceder; los brazos; juramento; potestad legislativa; limitación de las facultades del Rey por las Cortes; disposición del Rey tirano; instituciones para suplir y complementar la capacidad del Rey; y una teoría tri-

butaria. En alguna de ellas, como veremos; además de la erudición e información tanto doctrinal general, como legal hispano-portuguesa aparecen también las huellas del nacionalismo portugués.

a) Significación de la Designación "Curia"

La palabra Curia tiene varios significados jurídicos que Antúnez espiga sobre textos de Boercio, Borrello y otros. Vulgarmente se llama Curia al lugar donde reside el príncipe, pero debe entenderse así, si en ese lugar en el que reside el príncipe están sus consejeros quienes le asisten, y aconsejan. No solamente se llama curia al lugar donde reside el príncipe, sino también a todo el territorio comprendido a su alrededor en un círculo de cinco leguas y también se llama curia en Portugal al lugar donde reside el Senado de la Casa de Suplicación. Pero normalmente se llama Curia al lugar donde se hace justicia y así la denominación del Senado Portugués recibe su origen del lugar que en la ciudad se llamaba Curia o Senado. Lo mismo se llama Sede Apostólica al lugar en el que reside el Papa, como afirma Pedro Barbosa, aunque allí no están los

consejeros y oficiales, si bien Covarrubias sostiene lo contrario.

Específicamente se da también el nombre de Curia a la asamblea que el príncipe reúne para un óptimo gobierno de la república. Era la asamblea general de los tres órdenes del reino, son los comicios a los que vulgarmente llamamos Cortes. Antúnez insiste en los paralelos etimológicos entre Curia, curiales, comitia, etc. en el Derecho romano.

b) Importancia de las Cortes

Los Comicios o la Curia General o las Cortes son de gran importancia, por constituir el fundamento del reino; tanto para corregir, como cambiar y conservar la república. En ellos se deciden muchas cuestiones para la restauración del estado pacífico del reino, para su utilidad, en favor de la justicia y para lograr la paz, para aumentar el honor del reino; para corregir lo depravado y para que la situación de las provincias se reforme de bien a mejor. Además, en los Comicios se dan leyes para la utilidad pública, cuestión que Antúnez examina por menudo y que veremos luego.

c) Convocatoria de las Cortes

El derecho y la potestad de convocar la Curia corresponde solamente al rey. Porque en su potestad, como en la mano del capitán de la nave, deben estar todos los mandos ya que de otra forma la nave naufragaría, si de aquí y de allí pudiera ser dirigida por cualquiera contra la orden del capitán. Luego solamente el príncipe puede convocar las Curias, lo mismo que solamente el Papa puede dirigir y convocar el Concilio General.

Estando ausente el monarca, y por una causa justa aprobada por la Curia, podrá el rey, de forma excepcional, encomendar al primogénito o a la Reina la convocatoria de la Curia, la presidencia y la asistencia a ellas.

Se convocan a la Curia en Portugal los tres estados del reino. o los tres brazos, es decir, el estado de las personas eclesiásticas, obispos y arzobispos, el estado de los nobles y el estado del pueblo. A todos ellos es necesario convocarles normalmente, y así se hace la convocatoria mediante cartas del rey, con designación del lugar y tiempo. Es cierto que si bien los pueblos



constituyen un solo cuerpo se les convocan por medio de llamada a las ciudades y fortalezas, lo que implica que como tal pueblo en general no pueda comparecer. Eso es así tanto por costumbre, como por mandato del rey. En las cartas de convocatoria se determina que cada ciudad o fortaleza elija de entre sus moradores dos personas por sufragio, y los elegidos se denominan Procuradores de la Curia, y con los mandamientos oportunos vienen a la Curia en nombre de aquella ciudad que los envía: una vez examinados los procuradores y los mandamientos por una persona designada por el rey, son admitidos a la Curia.

d) Orden de Proceder en Cortes

En la asamblea estos procuradores se sientan en los lugares destinados según las prerrogativas tradicionales de las ciudades y fortalezas. Pero después que todos los procuradores estuvieran presentes en los primeros actos de la Curia, se dividen los brazos y, por mandato del rey, a cada uno se le designa un monasterio en el cual deben reunirse todos los días. El estado de los nobles consta de treinta personas, a las cuales suelen

elegir los nobles entre sí. En el estado del pueblo se eligen por costumbre uno o dos procuradores por cada provincia, que se llaman "definidores", porque en la reunión se definen por encima de los propuestos por parte del rey y emiten los votos. Entiende Antúnez que ese rango parece-tomado de la república de Solón, quien juzgó que los Comicios debían ser elegidos por sufragio popular; pero como éste se mueve fácilmente hacia cualquier parte, para que no sea él solo el que elija las cosas que necesitan de consejo, el que tiene la capacidad de juzgar no quiso que se propusiera a la asamblea algo de forma distinta a como lo había aprobado juzgado digno el Senado por decreto, a partir de lo cual se iniciarían los sufragios, como afirma Plutarco.

En Portugal los procuradores del pueblo en los comicios de 1667 se negaron a hacer la elección de definidores, decisión que Antúnez comenta y justifica apoyándose nada menos que en el temor a lo hecho por Tiberio, quien despojó a los Comicios de poder, reservándose para sí y directamente o a través del Senado toda facultad de crear derecho, sin dejar opción en ella al pueblo, y todo para dominar más fácilmente a través de la fragmentación en minorías a las cuales era fácil aterrorizar y así poder arrastrarlas a compartir su opinión más rápidamente. Antúnez observa una línea de

continuidad entre esa postura y su agudización por parte de los reyes galos de la familia de los Capetos, para no sentirse obligados por las reuniones de cualquiera y no oír sus quejas, abolieron casi todo derecho de los Comicios, tan frecuentemente utilizado por los merovingios y por los sucesores de Carlo Magno; o, al menos, rara vez lo utilizaron. De este asunto, como muy dañoso para la libertad de la república, recoge Antúnez quejas de otros autores.

e) Juramentos

En los Comicios, cuando el rey que sucede en el reino no ha prestado juramento en la vida del padre siendo todavía príncipe, le prestan a él juramento los tres estados del reino, es decir, el del pueblo, el eclesiástico y el de los nobles, y lo mismo hacen los señores de las tierras y los enviados de las ciudades. Y el mismo rey, cuando los pueblos le juran fidelidad, jura también conservar y observar las leyes, las costumbres del reino, los estatutos de las ciudades y sus privilegios. Recuerda Antúnez que no es sólo costumbre portuguesa, sino extendida en Europa y en la Antigüedad

y cita los ejemplos de esto hicieron los reyes de Epiro que se comprometían a conservar los decretos de la patria al comenzar sus sagrados deberes de gobierno. Así se realizó en Portugal durante los comicios habidos en 1641 bajo Juan IV, el cual mandó que se hiciera así a sus sucesores por una ley dada el día nueve de septiembre del año 1647.

f) Potestad Legislativa

También los Comicios se convocan para legislar. Antúnez nos hace partir de la idea central según la cual el rey por sí solo puede dar leyes, y aunque suela elaborarlas con el consejo de los próceres y de los consejeros, se comprende que lo hace voluntariamente, no por necesidad jurídica. Comenta Antúnez la opinión de Belluga para quien son de mayor eficacia las leyes elaboradas en los Comicios con el acuerdo de los tres brazos, que las elaboradas solamente por el rey, pero recuerda que el príncipe también puede abrogar las leyes dadas en los Comicios con el acuerdo de los tres brazos. No obstante no se considera que las abroga por una simple norma gubernativa, como pudiera ser una del tipo

que los romanos llamaron rescripto, a no ser que haga clara mención de ellas en él. En cambio en las leyes dadas solamente por el príncipe, sí es posible proceder así, si en la norma indicada va añadida la cláusula "no obstante" pues en ese caso se invalida aquella ley en cuanto a lo contenido en la norma derogatoria que tiene validez al respecto.

El fundamento de ese criterio lo encuentra Antúñez en la analogía con la potestad del Papa para disponer la derogación de lo establecido en un Concilio. Paralelamente también el rey puede como regla general abrogar aquellas leyes que fueron dadas en los Comicios, pero siempre por una causa mayor y con mucha consideración. Existe una excepción a esa regla, cuando el pueblo en los Comicios, mediante una aportación económica, consiguió que el príncipe diera determinadas leyes; entonces esas leyes, que se denominan "pactadas", pasan a ser un contrato, y no pueden ser revocadas por el príncipe, ni por su sucesor, ya que se apoyan en la justicia natural, respecto a la cual están obligados ambos. Recuerda Antúñez que ésta es la opinión común, tanto de los legalistas, como de los canonistas, pero Baldo la amplía al privilegio comprado por dinero a modo de contrato, que según él no debe, ni puede ser revocado por el príncipe, lo mismo que si el privilegio se concede por

los méritos. Se dice que el privilegio pasa a tener la fuerza de contrato cuando se concede por una causa justa, o por un hecho. bien cumplido, o bien debe ser cumplido por aquél a quien se concede, lo que debe admitirse cuando el dinero o los méritos, por los cuales fue concedido el privilegio, equivalen (a no ser que fuera contra el derecho y la utilidad públicos) pero si ese dinero o esos méritos por los cuales se concedió el privilegio son inferiores a éste, entonces no deja de ser gratuito, y puede ser revocado, criterio al que se añade Belluga. En estos casos es suficiente que la revocación se haga por una ley general, aunque no se haga mención de los privilegios; porque es suficiente que hayan sido tenidos en cuenta de forma general por el príncipe.

g) Limitación de las Facultades del Rey por las Cortes

En favor de la opinión que somete al Rey al poder de las Cortes se puede alegar que los príncipes han sido constituidos y han obtenido su autoridad por benevolencia y consentimiento del pueblo, y por eso deben estar sumisos a él a través de los Comicios, que son su

representación. Antúnez alega el texto atribuido al Papa Zacarías según el cual "El príncipe está obligado al pueblo de cuyo beneficio goza. Cuanto tiene de fuerza, honor, riqueza, gloria y dignidad, del pueblo lo recibió. Es necesario hacer referencia al pueblo que le aceptó: el pueblo constituyó al rey, y, a él mismo, le puede destituir". Semejante criterio argumentable con la mayor razón, puesto que el pueblo constituyó al príncipe, y no se puede negar que el constituyente está antes y es superior al constituido. Si se admite que en Portugal los tres órdenes del reino constituyeron a sus príncipes (Antúnez recuerda, tanto en los Comicios Lamacenses donde fue constituido Alfonso I, como consta en las mismas crónicas del rey; como los Comicios Misiponenses, donde fue elegido y aceptado Juan I, como consta en su misma crónica; como los Comicios Misiponenses del año 1641 fue elegido Juan IV, Duque de Braganza, después, una vez que fue excluido Felipe, rey de Castilla a quien califica de "intruso poseedor") parece que a lo largo de la Historia los tres estados del reino portugués, reunidos en los Comicios han sido tenidos por superiores al rey.

A este argumento pueden añadirse otros, pues en segundo lugar resulta que toda concesión hecha para la utilidad del concedente es revocable, y como que el

principado fue concedido al rey para la utilidad de sus súbditos, y en las Cortes se delibera y resuelve sobre la utilidad y buen gobierno del reino, parece lógico admitir que la potestad que fue concedida al rey por el pueblo, se debe considerar suspendida, mientras están los tres estados del reino reunidos en Comicios de donde resulta que éstos deben estar y están sobre el príncipe.

Además estaría el argumento de "retención presumida", pues cuando el pueblo transfirió al rey el derecho y la potestad, se presume que retuvo la potestad al hacerle abdicar para que se pudiera establecer en los Comicios aquello que se consideraba más útil y provechoso para el reino. Y sería muy perjudicial para el pueblo si hubiera depuesto toda la potestad y la hubiera transferido al rey, sin reservarse ninguna autoridad contra el rey. Por lo que el pueblo, que está representado en los tres estados congregados en los Comicios, debe ser considerado por encima del príncipe. Finalmente, los tres estados del reino reunidos legítimamente en los Comicios pueden deponer al príncipe tirano y optar en común por otro rey legítimo. Luego los tres órdenes del reino reunidos en Comicios están sobre el rey.



Sin embargo, y a pesar de todas esas razones es mas verosímil para Antúnez la sentencia negativa y contraria, que sostiene que el rey está sobre los Comicios y en su favor alega.

Primero, que el pueblo desde el principio transfirió al rey todo el derecho y toda la potestad, por esta razón fue hecho súbdito; y ninguna razón probable se puede aducir para que los súbditos sean considerados superiores al príncipe, o para que se deba atribuir a las Asambleas del pueblo alguna potestad sobre el rey. Recibe aquí Antúnez, expresamente la doctrina de Jean Bodin, afirmando que las sociedades humanas tiene un pacto general de obedecer a sus reyes y explica que en virtud de una ley general impuesta por la naturaleza, a los súbditos les corresponde la obediencia, pues el orden de la naturaleza no sufre si el menor es dominado por el superior, ni el menor por el mayor, el siervo por el señor; ni el menor puede invertir los derechos a los superiores; ni un hombre puede poseer un imperio siendo uno igual que los demás.

En segundo lugar alega Antúnez que el príncipe es tenido en la república como un padre, como dice Aristóteles, y lo muestran fórmulas según las cuales el príncipe de los vasallos es denominado por muchos como

"píisimo padre". Es así que no están menos obligados naturalmente a los súbditos respecto a su rey, que los hijos respecto a sus padres, pues por naturaleza fue constituido padre común de todos. Por esto dice Orígenes que los súbditos deben comportarse reverentemente con el príncipe. Luego no puede decirse que los tres órdenes del reino reunidos en Comicios están sobre el rey, ya que a los que son verdaderamente súbditos no les es lícito no contradecir la ley.

Confirma esta tesis el argumento analógico de que el Concilio General está totalmente sometido al Papa como el único Vicario de Cristo por ley divina, "natural" y humana. Preo ley divina, puesto que Jesucristo dio al Apóstol Pedro la suprema autoridad con aquellas palabras: "Y yo te digo que tú eres Pedro, y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia, y las puertas del infierno no prevalecerán contra ella. Y te daré las llaves del reino de los Cielos. Lo que ates sobre la tierra quedará también atado en el cielo". Llama Antónex "ley natural", al argumento de que lo mismo ocurre en la denominada "iglesia triunfante" donde hay muchos grados pero una sola cabeza, de la cual depende todo, y lo mismo advierte en la "iglesia militante" donde solamente debe existir criterio gobernante. El gobierno de los imperios y de los reinos no puede ser el

adecuado si es ejercido por muchos, y de ahí se sigue que, de las tres formas de gobierno, aristocrática, democrática y monárquica, ésta última es la más digna, como lo afirmaron Aristóteles, Covarrubias, etc. Y se prueba según la misma norma jurídica por las que el Papa puede juzgar a todos pero él mismo no puede ser juzgado por nadie si no es por Dios. Esta solución se confirma porque nadie puede convocar y abrir un Concilio General si no es Papa. Y una vez convocado, se clausura y se disuelve por la misma causa, que no es otra que la autoridad del Papa. Si en el Concilio no estuviese siempre presente la autoridad del Papa, no se trataría de un Concilio, sino de un conciliábulo, y todo lo hecho en él sería nulo, puesto que la autoridad absoluta de la Iglesia está con el Papa.

Tampoco está obligado el Papa por las constituciones conciliares, y de tal manera depende del Pontífice la autoridad de los Concilios, que sus constituciones deben ser aprobadas y confirmadas por él, pues de la confirmación del Pontífice obtienen su fuerza los decretos del Concilio. Luego muy bien puede el Papa abolir los decretos del Concilio, o dispensar de ellos, siempre que haga mención de ello. Que el Papa está sobre el Concilio se prueba por diferentes textos conciliares, entre los que Antúñez selecciona el Conci-

lio de Calcedonia, por el Concilio Quinto de Roma bajo Simaco y por el Concilio Lateranense bajo Alejandro III (134).

Para Antúnez y ésta es quizá la parte más original de su pensamiento los Comicios y el Concilio General proceden de forma paralela, porque lo mismo que el Concilio no puede ser convocado sin la autoridad del Papa, tampoco los Comicios pueden ser convocados sin la autoridad del príncipe, y no solamente no pueden ser convocados, sino que tampoco pueden realizarse legítimamente. Destaca nuestro autor la paridad de razón en la existencia de una suprema potestad, la cual, lo mismo que existe en el Pontífice respecto a la Iglesia y a su buen régimen, se da en el rey, en cuanto a lo temporal y a la buena administración del reino. Por tanto, lo mismo que el Papa está sobre el Concilio, para que tengan fuerza, y puede derogarlos; así también se necesita la confirmación del príncipe respecto a las normas elaboradas con ocasión de los Comicios, las cuales también pueden derogar válidamente.

Señala Antúnez que así se observa diariamente en las Cortes de Portugal, donde los tres brazos proceden en todo mediante consultas hechas al rey, y por capítulos, en los cuales exponen las súplicas al príncipe,

lo cual se considera equitativo y bien hecho. A lo cual el rey suele dar respuesta con frases como: "nos agrada", "juzgamos", "establecemos", etc. Antúnez se detiene en recordar esas fórmulas en las Cortes de Thomar y en las de Lisboa del año 1641, y añade que, en su criterio; lo mismo se observa en Castilla y en otros reinos, en opinión de Bodin.

Establecida esta opinión, no constituyen para él obstáculo las razones aducidas en contra y que resumimos más arriba.

No lo es la primera (beneficio y consentimiento populares) porque, aunque es cierto que al principio el rey fue constituido para ese beneficio y por ese consentimiento del pueblo; sin embargo, el pueblo transfirió al monarca todo el derecho y la potestad, de tal manera que después ya no podía resumirlos, a no ser en los casos excepcionales que trataremos después. Después que el pueblo se sometió a una cierta persona y a sus herederos, esto es, a sus descendientes para siempre, se transfirió el derecho al rey y la potestad mientras dure su sangre; como indican las palabras de Baldo. Así, el imperio y la potestad trasladados del pueblo al rey, para sí y para su descendencia, no revierten al pueblo hasta que no queda extinta toda la sangre real, de forma

que cualquier descendiente de sangre real tiene el derecho formal a la sucesión por el contrato del primer adquirente, y aunque lo tenga solamente como expectativa es, sin embargo realmente transmisible, según Oldradado de Ponte en virtud de cuyo consejo se estimó a Roberto como rey titular de Sicilia y Jerusalén por un grupo de compromisarios cardenales. Ningún derecho o potestad permanece en el pueblo, ni éste puede resumir la potestad que desnudándose de ella transfirió al príncipe. Cita Antúnez aquí el pasaje según el cual, el emperador Valeriano, habiendo sido rogado por los militares para que se uniera a sí otro socio, respondió con aquellas palabras dignas de un emperador: "Vosotros, dijo, fuisteis los que me exaltásteis de hombre privado a la dignidad de emperador: vosotros también dijisteis que la administración de los asuntos ya no era cosa vuestra, sino del príncipe. Vos dijisteis también que cumpliríais las órdenes del emperador y que estaríais sumisos, a mí, me corresponde determinar lo que es conveniente y procurar obtenerlo" (135)

De todo ello deduce Antúnez que la aclamación, que hace el pueblo a cada uno de los sucesores del reino, es una renovación de la primera investidura, en forma tal que no se transfiere el derecho en ese momento, sino que se confirma lo que en la primera elección se había

transferido. Luego los tres estados del reino reunidos en los Comicios no pueden reasumir la potestad que transfirieron con la elección del rey, y no puede afirmarse que sean superiores al rey.

Lo mismo prueba Antúnez alegando que la concesión hecha por causa no es revocable, a no ser que el receptor no cumpla la causa. Incluso si estuviera dispuesto a cumplirla, no hay lugar para el arrepentimiento del concedente. Se apoya Antúnez en Antonio Faber, quien establece una sutil diferencia sobre la donación por causa y otros contratos innominados. Para este autor en la donación por causa se tiene en cuenta una doble razón, una es la liberalidad presente; y otra el futuro cumplimiento por parte del aceptante. Puesto que la liberalidad nunca puede considerarse ausente, no hay lugar al arrepentimiento, siempre que el donatario esté dispuesto a cumplirla. Clara resulta para Antúnez que la causa por la que el pueblo entregó el reino es una administración lo más en favor posible de la utilidad pública, puesto que toda estructura y concepto de reino fue introducido más para el bien de los vasallos que del propio rey. Por consiguiente, el pueblo no puede hacer nula la concesión antes de que el príncipe se haga ingrato y perjudique al bien público. Y mientras tanto, el pueblo no podrá estar sobre el rey.

No considera tampoco una dificultad la afirmación en favor del pueblo apoyándose en la superior naturaleza del constituyente respecto de la del constituido, pues entiende alegable que el constituyente es superior al constituido salvo cuando en éste se depone toda la potestad que existía en el constituyente, como entiende Antúnez que sucedió en el pueblo Romano, el cual transfirió al Princeps todo su derecho, su imperio y su potestad; y puesto que abdicó de ello, después ya no le era lícito reclamarlo, pues a los que renuncian a su derecho no se les concede poder reclamarlo luego.

Recuerda Antúnez además que el argumento de "utilidad pública" no obsta, pues esa utilidad del pueblo consiste en que sea gobernado y defendido solamente por el príncipe y a él se someta todo el pueblo. Y puesto que los súbditos se sometieron al príncipe en virtud de la ley regia y por derecho de gentes, para no tener otro rey, ni otro igual; porque entonces tendrían dos reyes.

No obsta tampoco para él, el argumento de "retención presumida", pues si se funda en una presunción, se responde que la presunción normalmente versa sobre una cosa dudosa, que puede y no puede ser, o sobre aquello que se ha hecho, pero se ignora cómo se ha



hecho. Es así que no hay lugar a la presunción cuando consta expresamente de la voluntad contraria, porque siempre la presunción cede a la verdad. Luego, cuando el pueblo transfirió expresamente todo el imperio y la potestad no se debe presumir que se reservó algo respecto al príncipe. No puede ser fuerte el imperio de aquél que no es libre, sino precario y destituido de la autoridad regia. Es más, si tuviéramos que hacer caso de las presunciones, cree Antúnez más válidas las que están a favor del príncipe, pues los contratantes siempre suelen encontrarse conformes con el derecho común, y existe un derecho común para los reyes que les es debido por la propia naturaleza de las cosas, para que usen de un potestad plena y absoluta respecto a los súbditos. No se puede alegar que esa idea resulta perjudicial, pues en fin de cuentas lo que más interesa a la república es que toda la potestad esté en manos de uno sólo.

Tampoco le supone dificultad la opinión de aquellos que afirman que el Concilio General está sobre el Papa; puesto que cree que esta opinión no es verdadera y está rechazada por todos. Como síntesis de esa opinión común, construye Antúnez una pequeña historia de la cuestión en la que hilvana los argumentos del Concilio Lateranense bajo León X; la afirmación de que los

doctores que escribieron contra el Papa, ellos mismos se retractaron; la decisión del Papa Pío II mandando expedir una bula de retractación en el año 1465; la evolución del abad Panarmitano, (Nicolás Tudeschis) quien tras escribir "muchas impertinencias" contra el Papa, se retractó. Entiende Antúnez que este autor y todos los que se guiaron por el Concilio de Basilea, cayeron bajo la condena del dicho Concilio Lateranense bajo León X. Y aunque Martín V aprobó y confirmó los decretos de aquel Concilio, solamente los aprobó formalmente en materia de fe, no de otra forma. De modo que concluye Antúnez "dicha opinión en contra del Papa solamente la defienden los herejes".

#### h) Deposition del Rey Tirano

Este tema se engarza de suyo con el tocado en el punto anterior y de hecho Antúnez no los separa. No obstante para mayor claridad hemos preferido construir un punto específico para él en nuestra sistemática expositiva.

Parte Antúnez de la distinción, apoyándose en Bartolo, entre el tirano que se denomina así respecto al

título porque ha usurpado la majestad ajena sin título legítimo, y entre aquél que legítimamente se transfirió la potestad y la utilizó para la destrucción tiránica de la república, y este se llama tirano en el ejercicio.

En ambos casos la utilidad pública se pospone a la privada, y en beneficio de ésta destruye aquella. Así pues hablando del tirano en cuanto al título el pueblo podrá realmente no sólo expulsarlo del solio y echarlo sin miedo de crimen o perfidia, puesto que nadie le está obligado. Lucas de Paena dice respecto a esta cuestión: "Si el rey notoriamente cree, tirano, enemigo de la república, aunque no tenga superior, el pueblo puede privarle del reino por sentencia. Y lo que es más, el pueblo podrá asesinar al tirano, si no tiene otra forma de liberarse de su imperio y de su yugo" también recuerda Antúnez a Santo Tomás, Suárez, Molina, etc., todos los cuales enseñan que se puede asesinar impunemente al tirano de la república. Añade Antúnez el viejo argumento de la Retórica y la Historia, según el cual son siempre alabados aquellos que asesinaron a los tiranos, como Casio y Bruto por asesinar al César, quien se arrogó tiránicamente la suprema potestad del imperio, etc.; y son alabados con óptima razón, pues el tirano engendra odio en todos, y los que le odian desean que perezca. En este punto Antúnez aprovecha para trazar

una copiosa exhibición de sus conocimientos humanísticos y empalmamos uno tras otro testimonios históricos diversos, así como el caso en que, preguntado Tales qué era lo que veía más difícil en la vida respondió que un tirano viejo; o las frases de Diogenes que decía de Dionisio que actuaba sin remordimiento alguno "se encontraba en una posición indigna para sí mismo; pues siendo digna pasó a llevar una vida miserable en el castillo de la tiranía; ahora vive impune y seguro con una gran tranquilidad de ánimo".

Frente a este pasaje arguye Antúnez que los tiranos no pueden vivir nunca seguros, pues algunos de ellos fueron asesinados por sus mismos parientes, como a "un cierto Casio", a quien mataron sus propias mujeres, o los mismos familiares, como a Julio César. Recuerda nuestro autor una sátira de Juvenal que dice cómo son los reyes que descienden al abismo con una muerte sin sangre, y un texto de Séneca, que afirma que no se le puede ofrecer a Júpiter una víctima más agradable que un rey inicuo.

Tampoco le parecen un argumento en contra los decretos del Concilio de Constanza, en los cuales se condenaron las opiniones de quienes afirmaban que los pueblos podían castigar a sus reyes, y quienes sostenían

que el tirano podía ser asesinado por cualquiera de los suyos, o por el pueblo sin sentencia. Y no se hablaba del tirano en cuanto al título, sino del rey legítimo que gobernaba tiránicamente. Este no puede ser asesinado lícitamente por el pueblo antes de la sentencia; ni por el particular; a no ser que lo haga repeliendo una agresión por la fuerza en defensa de la propia vida. Como afirman Soto, Molina, etc.

Se pregunta Antúnez si considerarse también como enemigo de la república el tirano respecto al título, quien en el ejercicio se muestra como un rey justo y administra bien la república ilícitamente, o si por el contrario, debe ser tenido como un príncipe legítimo en lugar de un enemigo. En su opinión se puede dudar.

De nuevo Antúnez vuelve con este motivo, a sus alardes de erudición para enriquecer con textos históricos una reflexión que acabará siendo jurídica y así nos recuerda para empezar que a favor del tirano se esforzaba en persuadir Pelópidas, reflexionando sobre el tirano, al cual quería cambiar de injusto en justo, según Plutarco. Así, también Sila, aunque vivía de forma libidinosa y tiránica, condujo sin embargo, a los ciudadanos a la frugalidad, modestia, y honestidad mediante buenas leyes. También Pisístrato se sometió a

las leyes de Solón como un ciudadano más, y añadió otras muchas leyes útiles a las dictadas por Solón, como las que dio para evitar las venganzas, recolectar los campos con rapidez y alimentar de los bienes públicos a aquél que hubiese perdido un miembro en la milicia. Así habla Plutarco de su ingenio: "Era dulce en la conversación, diligente en ayudar a los pobres, moderado respecto a las enemistades. Además se ejercitaba en la imitación de aquellos que no eran de su misma opinión, para vencer con la imagen de honradez y modestia a los que realmente eran tales". No obstante Sila no se libró más de las iras del pueblo que César de las de Bruto y Casio, según Suetonio, quien exagera según entiende Antúnez su insolenci y ambición. César administró la república correctamente, pero se hizo análogo al traidor de la patria y usurpador de la libertad ajena al constituirse a sí mismo príncipe y, por tanto, tirano en cuanto al título, y por eso se consideró recto lo hecho por los conjurados, pues la perversidad de la postura tiránica no es laudable, aunque el tirano trate a los súbditos con regia clemencia, como dice San Agustín: "El Altísimo no acepta los dones de los inicuos; ni tiene en cuenta sus oblaciones, ni será propiciado por sus pecados con una multitud de sacrificios, el que ofrece un sacrificio del alimento del pobre es como si sacri-

ficara al hijo en presencia del padre". No puede ser igualmente excusado del crimen de simonía el que con el dinero adquirido construye un hospital de peregrinos o un monasterio; porque las ofrendas de los impíos son abominables para Dios, las cuales son ofrecidas por su excelencia. El crimen no puede juntarse con la virtud. Por eso dice Plutarco: "Lo que fue una inicua liberalidad de Sila, cuando ofreció al pueblo magníficos convites de los inicuos bienes de los proscritos".

De lo anterior se sigue para Antúnez que ni por el consentimiento del pueblo se limpia la mancha del tirano, ni aquello que fue en un principio nulo, puede ser válido después. La justificación de ese criterio reside en que el consentimiento del pueblo no puede ser tenido por espontáneo, pues las súplicas y ruegos del príncipe producen un cierto miedo, sobre todo si el príncipe es severo y tirano.

Los ruegos de los poderosos son amenazas y órdenes que aterrorizan y producen un miedo razonable, o al menos una situación de falta de libertad, y esos rasgos se advierten cuando el pueblo, movido por el miedo y por el temor, transfiere toda la potestad al príncipe, o confirma que fue concedida tácitamente por una prescripción inmoral. Eso ocurrió, entiende Antúnez, en la

historia del pueblo romano, el cual transfirió al emperador todo derecho y potestad, considerando que no se debía revocar la primera causa de la tiranía.

Insiste nuestro autor en que si es cierto que el tirano en ejercicio no puede ser asesinado por los súbditos antes de la sentencia, (como antes ya había dicho y se ha recogido por nosotros), pero si algún príncipe legítimo abusa de la legítima potestad tratando a los súbditos con crueldad, avaricia, demasiados impuestos, etc. será tenido por tirano; porque se dice que mandan tiránicamente los que actúan como suelen hacerlo los tiranos. Y aunque este no pueda ser asesinado, como es válido respecto al tirano de verdad, puede, sin embargo, ser expulsado del reino, ser depuesto y privado del reino por las Cortes, que en este caso sí se considera están sobre el rey. Recibe Antúnez en este punto la doctrina de Suárez "por lo que si el rey legítimo gobierna tiránicamente, al reino no le queda otro remedio para defenderse que el de expulsar o deponer al rey; podrá toda la república deponer al rey en un Concilio común y público de las ciudades, tanto por su derecho natural, según el cual es lícito rechazar la violencia con violencia, como porque siempre en este caso se ha considerado necesario para la conservación de la propia república, con excepción de aquel primer



pacto, en el cual la república transfirió toda su potestad al rey". Señala Antúnez que lo mismo sostiene Molina y que el fundamento de ambos autores reside en que el príncipe que obra mal perece toda la potestad que había nacido legítimamente, no puede obtener nada de Dios como causa constituyente, para que los súbditos puedan ser obligados a obedecerle por derecho divino y si estamos obligados para obedecer a la legítima potestad por Dios y por la conciencia, ocurre que en el tirano no hay nada, ni legítimo, ni ordenado por Dios, sino que todo es contrario a Dios y nocivo para la república. Por eso, debe recordarse que cuando el pueblo transfirió al rey todo el derecho y potestad lo hizo por motivos concretos, como que administrase justicia a los súbditos y conservase al pueblo incólume y libre de enemigos. Si la causa por la que fue entregado el reino no se cumple; es más, si se hace lo contrario, existe el derecho de reclamación por no cumplir la causa, y así, aunque el pueblo transfirió (no sólo al rey, sino también a sus sucesores) la potestad, bien puede también reasumirla por una causa tan magna como sería la de que se tiranizase el reino; como hizo el Emperador Federico, a juicio de algunos canonistas que advierten que aunque el pueblo se sometiese al rey en la creación del reino, lo cual sucedería por aclama-

ción, transfiriéndole todo el imperio y potestad, sin embargo por una causa significativa puede el emperador reasumir aquel imperio y potestad y se tiraniza el reino. Como tratan muy bien Azo y Suárez procede la reasunción por el hecho de que el pueblo de sí la potestad de tal manera que no pudiera reasumirla en caso de necesidad y subsistema, es más se considera que el imperio fue transferido bajo condición de respetar la cesión si formal y rectamente se administraba el imperio, reteniendo en hábito la potestad y el imperio transferido para poder usar de él en caso de mala administración.

No obsta a estos criterios a juicio de nuestro autor la consideración de que cualquiera es moderador y árbitro de sus cosas y que por esta causa pueden usar y abusar libremente de ellas, y puesto que el príncipe es dueño absoluto del reino del que puede usar y abusar. Antúñez responde a quienes esto alegan que en perjuicio de la república nadie puede abusar directamente de sus cosas privadas. A la república interesa que nadie haga mal uso de las cosas. Pero tampoco la república es propiedad del príncipe, aunque su potestad sea hereditaria y absoluta como lo es respecto a las cosas privadas. Por eso se llama república, porque pertenece a todos, y se la entrega a un príncipe, para que su

gestión aproveche a la salud de todos. Pero si convierte la propiedad en una injuria y un daño para la república debe prescindirse de su potestad, como escriben Bartolo, Domingo Soto y otros.

Tampoco considera válido afirmar que el pueblo es inferior al rey, y deducir de ahí que no puede privar al Rey del reino por ser el Rey superior al pueblo ya que a esa objeción responde que, en el caso de tiranía, si el pueblo no puede usar de otro remedio, puede privar al rey, como si fuera juez suyo tanto porque en la creación del reino se reservó latente la potestad para traducirla en acto en el caso en que el rey gobernase tiránicamente; como por derecho natural, según el cual a todo el mundo le está permitida la defensa. Azo dice: "Dices: el pueblo es inferior al rey, luego no puede privarle del reino. Respondo: entonces podrá el pueblo quitarle el reino al rey, cuando lo determine el juez por sentencia, como condena por un crimen pernicioso para la república, o por derecho natural repeliendo la fuerza con la fuerza para defenderse y sobrevivir".

Recuerda Antúnez otros argumentos de quienes sostienen que para una privación de este tipo no es necesaria la autorización del Sumo Pontífice; aunque se diga que la deposición de Childerico, rey de los

francos, fue hecha por el Papa Zacarías, ya que sin embargo lo más probable es que el pueblo depusiese al rey una vez obtenida del Papa la liberación del juramento.

Recoge Antúnez diversos argumentos históricos al respecto y así recuerda cómo Horacio Montano dice que Tarquino el Soberbio fue depuesto por el pueblo romano porque tiranizaba; o Azo dice que en Escocia fueron depuestos por el pueblo ocho reyes. Y añade que en Castilla fue depuesto por el pueblo el rey Pedro denominado el Cruel, y vuelve a dar muestras de su inserción ideológica en la *Restauração* portuguesa del 1640-1668 escribiendo que "en el año 1640, en dos Comicios Generales, fue expulsado de nuestro reino de Lusitania Felipe IV de Castilla, quien había ocupado tiránicamente el reino, lo mismo que su padre y su abuelo, pues al carecer de título legítimo era tirano en cuanto al título". Es evidente que nuestro autor es aquí un epígono muy importante de los razonamientos esgrimidos por Francisco de Andrade Leitao, en la proclamación como rey de Portugal, a favor de Juan IV, el 15 de Diciembre de 1640 en un discurso plagado de omisiones y sesgamientos. Añade como precedente Antúnez la petición de los tres brazos del reino por los que fue privado de la administración Sancho II, al no conside-

rarse comprobado para la administración, dándole como procurador a su hermano Alfonso, conde de Polonia (136).

Si hasta ahora Antónex ha alternado las referencias históricas con las jurídicas, e incluso ha sesgado ambas bajo el influjo de sus convicciones, escribiendo un discurso nacionalista, ahora sus planteamientos son casi una homilía que discurre recordando cómo no se debe hacer lo que no está suficientemente concedido, y deben, por tanto, los súbditos pedir a Dios que les dé buenos príncipes y, una vez concedidos, prestarles reverencia. Se debe obsequiar a los príncipes como padres que son de los súbditos, obedecerlos y soportarlos pacientemente, lo mismo que debemos tolerar la esterilidad, las demasiadas lluvias y demás que nos parecen malas para la naturaleza, así el lujo, la avaricia, la aspereza y el resto de los males que nos dominan. Los frutos de la pena se suavizan con el tiempo y la humanidad custodiada y saturada de tiranos, puede también mitigar sus males. Tampoco se puede dudar de que los pecados de los súbditos castiguen la crueldad de los príncipes, como dice Job. Cierta clase de reyes son dados por Dios para corrección y utilidad de los súbditos, para la conservación de la justicia; otra clase de ellos para la ilusión, contumelia y soberbia, y de este modo son

dignos de Dios que envía su justo juicio para todos. Y aunque el príncipe sea en algunos casos perverso y en otros igualmente remiso, no por ello debe ser depuesto rápidamente de la administración: como del obispo dijo: "El obispo no debe ser argüido y acusado por la plebe o por hombres vulgares, aunque sea desordenado: porque en favor de los méritos de los súbditos dispone Dios de la vida de los rectos". No debe ser usado el último remedio de la expulsión, a no ser que esto lo exija la extrema necesidad, pues, según Hipócrates, los remedios extremos solamente deben aplicarse en las enfermedades extremas. Nunca se utilizan sin daño y grave lesión del cuerpo; es más difícil curar el dolor con remedios inútiles que abrir la cabeza de los príncipes a la sensatez. Sobre todo porque al tirano depuesto ordinariamente le sucede otro peor. Valerio narra que en Sicilia se solía orar diariamente "por la salud de Dionisio, precisamente en el momento en que todo su ejército estaba esperando; y cuando el tirano pregunta por qué se hacía así respondió: "No sea que tú seas depuesto y venga en tu lugar otro peor". Así decía el seandor, según Tácito: "¿Acaso juzgaste a Nerón como lo peor de los hombres?". Lo mismo creyeron los que sobrevivieron a Tiberio cuando entretanto nació la más detestable y cruel situación pues los vicios están con

los hombres. y una vez muerto Nerón y después de pocos meses, se derramó más sangre del pueblo romano por las luchas intestinas de los tres emperadores que en todos los catorce años en los que la república estuvo gobernada por tiranos. Nunca es eliminado el tirano tan radicalmente como para que no nazca otro de sus residuos, porque de las chispas no bien apagadas suele surgir otro incendio. Y así, bien sopesadas las características de la tiranía, si no queda otro remedio, entonces, el rey tirano en ejercicio podrá ser depuesto de la administración por los tres órdenes del reino reunidos en Cortes. Pero si existe alguna esperanza de enmienda, no se debe proceder a la deposición; sino que los súbditos deben sobrellevarlo con paciencia, para no abusar de la potestad que en hábito permaneció en ellos para poder eliminar al rey tirano de la administración. Y éste es el caso en el que los Comicios pueden estar sobre el rey. En el resto de los casos es la majestad del príncipe la que sobresale sobre los Comicios, ya que en ellos los pueblos y los estados del reino hacen sus ruegos con humildad, demostrando que no tienen ninguna potestad de mandar o prohibir, pues toda la modera el príncipe con su voluntad, como muy bien se dice cuando se escribe del modo de proceder en las Cortes portu-  
gue-

sas y en los otros reinos, aunque otra cosa suceda en los Comicios del Imperio Germánico.

i) Instituciones para Suplir o Complementar la Capacidad del Rey

No entra Antúñez en fundamentar estas instituciones sino que las da ya por fundamentadas y se limita a plantearse algunos casos concretos. Para él está claro que del mismo modo que al rey negligente, remiso, mentecato, ebrio o demente se le da un procurador (como afirman Molina, Barbosa y otros) por la sencilla razón de que cuando se trata de remisión, negligencia o disipación respecto a los bienes, se le debe dar al rey un procurador, del mismo modo que se le debe dar al loco furioso, al simple demente o al pródigo que no es monarca. Si éstos, por cualquiera de los defectos son privados de la administración, pero mantienen la propiedad, y por eso se les da un procurador, para que conserve y custodie el patrimonio y la persona, y se concede de oficio, aunque no se pida, del mismo modo se entiende del rey, en beneficio del reino.



¿También se le debe dar procurador al rey púber? se pregunta Antúnez. Nuestro autor lo estima tema controvertido y señala que puesto que normalmente el púber no está obligado a tomar procurador, ni le está prohibida la administración de sus bienes, aunque ésta no sea plena, sino restringida y sujeta al beneficio de la restitución como dijimos más arriba. El púber no está obligado a aceptar procurador dado por el padre. Por lo que entiende Antúnez se debe decir que, *a fortiori*, al rey no se le puede imponer un procurador, pues el rey no es de inferior condición que el privado, ya que la tutela y el cuidado del rey terminan en la pubertad. Por otra parte al rey siempre le suelen asistir varones graves y doctos, quienes, por su singular habilidad, una vez comprobada su madurez y fidelidad, son seleccionados para gestionar el oficio tan grande y para la administración de la república.

Conforme a su costumbre Antúnez introduce su criterio apelando a antecedentes bíblicos. Consta en el libro 4 de los Reyes que Joás comenzó a gobernar a la edad de siete años, Manasés a los doce años, y Josías a los ocho. Alude que en Francia existe una ley en la que se prohíbe dar procurador al rey después de los catorce años, y señala después que así se ha observado en Portugal en muchas ocasiones, como en los casos de Alfonso V

tomó las riendas del reino a los catorce años de edad. Sebastián que asumió el cetro y el gobierno con la misma edad, y con pocos años Alfonso VI ("nuestro rey invicto") tomó la administración del reino a los diecinueve años de edad (137). No omite tampoco ejemplos españoles como Juan II obtuvo la administración del reino a los catorce años, el que emperador Carlos V de quien dice "reino de forma óptima" teniendo diecisiete años o Felipe IV que tomó el gobierno del reino a los dieciseis años. Por todo esto, concluye dicha sentencia debe ser mantenida, pues está bien corroborada por la costumbre.

¿De dónde debe ser elegido el tutor o procurador para el rey?. También sobre este asunto recuerda Antúnez que disputan los doctores. Algunos piensan que debe ser elegido el procurador entre aquellos que son del Consejo del rey o del reino y que poseen relevancia en el gobierno. No deja de recoger la tesis, ya anticuada en su tiempo, de que la concesión de tutor o procurador del rey corresponde al Romano Pontífice, puesto que de él se dice es el Vicario de Dios en la tierra y Señor del Universo. Pero señala que no puede mantenerse esa opinión, porque el Papa no tiene jurisdicción alguna en los asuntos temporales, y en estas circunstancias al Papa no le corresponde la concesión de

tutor, procurador o ayudante del rey como señaló en su día, entre otros Juan de Tierra Rubea, añadiendo también que el Papa no puede nombrar rey cuando el reino está vacante.

Otros autores , finalmente, afirman de forma constante que la elección y concesión de tutor o procurador corresponde al pueblo y a sus procuradores reunidos en Comicios públicos, por la sencilla razón de que el imperio fue transferido por el pueblo al rey; pues antes que los reinos estuviesen fundados toda la jurisdicción estaba en el pueblo, quien después la transfirió al rey. Luego cuando por minoría de edad o por demencia o por desidia del rey no sea apto, los pueblos deben proveerse de procurador.

A este último criterio se afilia Antúnez por varias razones.

Primero, porque faltando todos los consanguíneos del rey, pertenece a los tres estados del reino reunidos en Cortes la elección de un nuevo rey. Es la tesis de Horacio Montano: "Y de esta manera aquella potestad e imperio transferido al rey y a sus descendientes, no revierte al pueblo a no ser que se haya extinguido toda la sangre del rey". Por consiguiente, si por cualquier circunstancia faltara el rey legítimo para el gobierno,

los tres estados pueden y deben proveer al reino de rector.

En segundo lugar, porque si falta el rey y surge entre varios príncipes la controversia sobre la sucesión, corresponde a los tres brazos del reino reunidos en Comicios reconocer sus derechos. Por eso alega Vazquez: "Porque en estos casos no se puede utilizar otra regla para dirimir la controversia que las leyes del mismo reino sobre el que versa la controversia, y el intérprete legítimo de ellas solamente lo es el mismo reino". Finalmente, sucede que aquel feudatario al que hay que dar procurador, le debe aceptar del juez, el cual puede conocer sobre la concesión y gestión del feudo. Luego también debe dar el pueblo el procurador para el rey, ya que tiene la facultad de conocer sobre el reino y su sucesión.

Estos argumentos llevan a Antúnez a aceptar la segunda tesis como mas verosímil, rechazando la primera, porque los consejeros del rey no tienen ninguna jurisdicción sobre el rey.

Respecto a las personas adecuadas para procurador del rey entiende Antúnez que debe ser su hermano, o si carece de él, el consanguíneo mas próximo que deba sucederle en el reino si carece de prole. La razón de

este criterio, no factible demasiado, parece ser que al rey de Portugal Sancho II se le concedió como procurador a su hermano Alfonso III quien tenía la esperanza más próxima de sucederle en el reino, como después sucedió. También durante la minoría de edad de Alfonso V le fue concedido como tutor a Pedro, hijo de Juan I tío paterno del rey (138) debe ser concedido el más próximo como tutor y procurador. Se presume que este más próximo recibirá con mayor cuidado y amor la administración en favor de los súbditos del reino y en lo demás actuará con mayor rectitud, sobre todo respecto a los bienes y derechos del reino para que no sean dilapidados. Esta opinión también de Antúnez se apoya en la de Barbosa. Pero no podrá este más próximo asumir la administración por propia autoridad, sino con la autoridad de los próceres y procuradores del reino en los Comicios Generales, los cuales juzgarán de la honradez de costumbres, de la buena fama y de la calidad de las riquezas del más próximo. Quizá la influencia de las experiencias de la vida política portuguesa lleva a Antúnez a recordar opiniones como las de Gregorio López y otros autores cuando afirma que el pupilo debe ser educado por el sustituto o el más próximo que espera suceder, por la siniestra sospecha de que puede atentar contra la vida del menor. Las matizaciones de autores como Menocchio

alegando que dicha suspicacia no cesa por la calidad de la hermanda, ya que por sí sola no excluye la sospecha siniestra, sobre todo en esta materia, y en la que también da a entender el propio Barbosa de que si la bondad de vida y costumbre concierne con otras circunstancias bien puede cesar dicha sospecha siniestra, no parecen alejar los temores de Antúnez quien concluye subrayando en este asunto deben estar muy despiertos los tres brazos del reino para que no peligre la vida del rey.

#### j) Teoría Tributaria

Antúnez plantea la doctrina en dos cuestiones fundamentales a las que va a responder con la metodología tradicional tantas veces usada por él, de alinear argumentos en favor y en contra de determinadas respuestas, ¿Puede el príncipe imponer nuevos tributos por sí solo? ¿o bien deben ser impuestos en los Comicios Generales con el consentimiento del pueblo?.

Recuerda nuestro autor que el derecho de imponer tributos es propio de la Majestad, como es la facultad de crear la ley, según Jean Bodin. Por tanto el derecho

de imponer tributos pertenece a las regalías mayores, y en ello están concordes desde largo tiempo la mayoría de los doctores; todos los cuales enseñan que pertenece sólo al príncipe crear tributos; de tal manera que a ningún otro es lícito imponer nuevos tributos o aumentar los existentes. Por tanto la imposición de los tributos es propia de la Majestad, porque los tributos fueron introducidos como facultad sucesoria a los reyes según el derecho de gentes, del mismo modo que nacieron las facultades de los reyes así también nacieron los tributos como necesarios para su gestión. Por la sencilla razón de que la república no puede subsistir sin ellos, aunque diga Bodin que en Galia no existieron tributos antes de Luis IX.

Puesto que el pueblo transfirió al rey todo su derecho y su potestad, fue necesario que todos los súbditos fueran urgidos para la prestación de tributos, tanto en señal de sumisión como para mantener las actuaciones del rey, su posición y su dignidad. Con ellos se atiende también a los salarios de los ministros, pues le son necesarios al rey para la administración de justicia y la gobernación y defensa de los reinos. Los príncipes reciben los tributos como pago de su ministerio; trabajan para la paz de todos, para conservar la tranquilidad

y procurar la utilidad del pueblo pecando si no lo hacen así.

Y aunque otros muchos doctores, cuya nómina y textos remite Antúnez niegan que la nueva imposición de tributos pertenezca a las regalías; Antúnez apoyándose también en el mismo autor sostiene que su opinión es y para refutarla, parte de un texto de S. Mateo que interpreta como afirmativo de que los tributos son debidos por derecho divino y natural, criterio que muchos doctores, "y de gran fama", dice Antúnez comparten afirmando que el príncipe puede imponer nuevos tributos sin el consentimiento del pueblo. Así lo afirman por ejemplo Domingo de Soto, Alfonso de Castro, Navarro, etc.

Hace Antúnez una pequeña alusión al Derecho comparado, recordando que en Castilla; por ley se prohíbe imponer nuevos tributos fuera de las Cortes y sin el consentimiento de los procuradores de las ciudades. También recoge una vaga alusión a "Germania en la antigüedad" para señalar que en el Imperio no existía esa facilidad de imponer tributos, porque solamente podían aceptarse aquellos que fuesen donados por el consentimiento de los súbditos; y esto se observó como algo inviolable desde el origen de ese naciente



imperio, el que el monarca rey no podía imponer tributos, a no ser en los Comicios Generales y con el consentimiento de los tres brazos y de los próceres.

Estudia después el caso portugués y conforme a sus premisas que ya conocemos, sobre cómo nacen los reinos afirma que por un contrato habido con el rey Alfonso I Enríquez, cuando para él y en él el pueblo transfirió todo el derecho y potestad (139) y no hay ninguna duda de que por estos medios, y con cualquiera de ellos se pudo adquirir dicho derecho contra los reyes de los reinos, como lo afirma Márquez. Consta claramente que la posesión inmemorial y las costumbres son válidas en lugar de título y privilegio, y se presume que el título precedió a todo el proceso, luego, bien por contrato presunto, o por título o privilegio, no se puede negar que se adquirió ese derecho de los reinos. Y se confirma por la observancia, que en Portugal permanece intacta, de tal manera que en los Comicios del pueblo, sus procuradores suelen ponerse de acuerdo con el príncipe para que el donativo o el tributo prometido por ellos solamente dure tres o cuatro años, de tal manera que los pueblos pueden, una vez cobrados éstos, eliminar el tributo por propia autoridad; como se hizo en las Cortes de Lisboa en los años de 1641, 1643, 1653 y 1657. Pues la observancia de esta materia es total y sin disi-

dentes, por los que afirma nuestro autor que en cuanto a la observancia respecto a esta materia desaparece toda ambigüedad. Es más, por la observancia Antúnez cree poder considerar cobrado el pacto hecho entre el pueblo y el rey en la elección del reino.

Esto se confirma por la legislación donde la costumbre se equipara a la ley, lo cual aceptan también muchos autores, a los que se une Manuel Barbosa. Además, en Portugal, el príncipe no suele ordenar los tributos en forma distinta a la establecida en los Comicios de los tres brazos y, sobre todo, con el consentimiento del brazo popular. Considera Antúnez que, ciertamente esa costumbre de imponer los tributos solamente en los Comicios con el consentimiento del pueblo, es acorde con el derecho y con la razón, ya que los príncipes no deben expedir los negocios difíciles sin consultar al pueblo y a los próceres. Y la imposición de tributos debe ser juzgada como cosa difícil, pues la última fuerza de la república descansa en el asunto de los tributos, como dicen Ulpiano y otros muchos.

Puesto que los tributos especiales siempre fueron desagradables, lo mismo que quienes los aconsejaron; Antúnez aconseja al príncipe utilizar su propio patrimonio y su erario antes de llegar a la imposición de

nuevos tributos, porque los tributos no deben ser impuestos para que el rey crezca, sino para que el pueblo esté defendido.

No es lícito imponer impuestos para subvenir al lujo de la Corte, Dios dice Antúnez veta a los reyes el explotar a los súbditos para su propio lujo y prodigalidad, pero no se pueden imponer nuevos tributos a los súbditos a no ser que intervenga una causa justa. Usa Antúnez como colofón la frase lapidaria de Márquez, de que ninguna causa puede llamarse justa si no concurre una necesidad pública.

Se condena también por nuestro autor la imposición de tributos hecha bajo pretexto de una necesidad pública cuando en realidad no existe tal necesidad. Recuerda al respecto textos de Casiodoro y otras fuentes de la antigüedad: "Es demasiado absurdo responder a las advertencias y pagar a los pueblos con execrables ruinas", e insiste en que no es lícito imponer tributos excesivos, graves e infrecuentes, ni usar de fraudes para obtenerlos, como hizo Heliogábalo, quien celebraba nupcias en todos los aniversarios para obtener dinero en esos días. Los excesivos y onerosos tributos estrangulan y matan a los pobres, como escribe Salviano: "La república de los romanos, o ya está muerta, o

ciertamente, en aquellos aspectos en que aún parece vivir, se debate en la agonía, y muere estrangulada por las obligaciones de los tributos, como si lo fuera por las manos de los ladrones". Es más, los tributos graves y extraordinarios engendran sediciones, como escribió Tito Livio, y -a su vez Cicerón recuerda: "Las provincias progresivamente se están convirtiendo en un desierto, los hombres miserables, y enfurecidos por no decir desesperados, con sus posesiones exhaustas por los excesivos tributos".

Debe precisarse que pequeña clase de tributos es tenida como muy grave para los más débiles, como ya señaló Bodin, puesto que en ellos es más adecuado atender no tanto sus causas como los daños causados al pueblo. Todos los mortales estiman el dinero "como si fuera su otra sangre", por lo que el patrimonio y el dinero son también la vida de los hombres. De aquí dedujo Baldo que es mayor la privación de todos los bienes que la muerte. Luego la muerte es el descanso para el que ha perdido los bienes. Y se considera como la mayor infelicidad la carencia de dinero; pues sólo a partir del dinero tiene sentido que se diga que la vida del hombre es la reina de todas las cosas.

Deben los príncipes imponer tributos solamente en el caso de que la necesidad lo exija, y entonces procurar, para que todos lo entiendan, que si quieren salvarse hay que remediar la necesidad existente. Es así que le interesa al príncipe, y le es muy útil, que en los Comicios se examine la justicia de la causa y la necesidad de los tributos, para que los procuradores del pueblo consientan en la imposición de tributos. Sostiene Antúnez que ellos conocida la situación, siempre apoyarán al rey con su voto para que se establezcan impuestos moderados teniendo en cuenta la necesidad y las posibilidades de los pueblos. Por esta causa dijo Gabriel Vázquez que los procuradores en los Comicios se constituyen como en jueces para examinar la utilidad pública. Siguiendo a Larrea, Antúnez recuerda que el príncipe debe usar de este derecho a la hora de imponer tributos, para que no se niegue nadie a remediar la necesidad, puesto que cuando la necesidad de la república urge, de ningún modo se puede negar a la imposición de tributos, siempre que sea justa e importante la vez de la naturaleza que reclame el remedio de la necesidad, pues la salud del pueblo es la ley suprema, por los que en los súbditos surge la obligación natural de allegar recursos por razón de la utilidad y de la necesidad de la república. Tampoco se

puede esperar otra cosa de los procuradores de la ciudad, porque como decia Julio Capitolino a Antonio: "No habria nada más cruel que si éstos carcomiesen la república y no le aportasen nada con su trabajo".

En los Comicios, al tratar de la imposición de tributos, lo primero que se debe tener en cuenta es la necesidad de la república, causa esencial de que los tributos y cargas se aumenten o se disminuyan según las distintas circunstancias. Así, cuando la necesidad es grande, por ejemplo, cuando se intenta invadir el reino con un numeroso ejército, entonces estaría justificado un mayor tributo. Siempre, sin embargo, deben imponerse los tributos de acuerdo con las posibilidades de los súbditos, y no deben crearse por encima de lo que el pueblo puede pagar, ya que nadie está obligado a lo imposible. Larrea ejemplifica ese caso escribiendo que aunque todo pozo puede ser agotado en caso de necesidad, por razón natural y prudencia no es lógico romper las venas de las fuentes, porque los súbditos no deben ser gravados por encima de lo que pueden aportar, y se deben imponer los tributos de forma proporcional tanto respecto a la causa del tributo, como a las posibilidades y a los bienes de los sujetos impositivos ya que de otro modo el tributo se consideraría inmoderado.

Así pues, el príncipe solamente debe imponer tributos moderados, porque es mas útil usar de los bienes de forma moderada y saludable. Y sobre todo a la hora de imponer y exigir tributos, porque debe observarse la mediocridad. El príncipe debe comportarse en la conservación de sus súbditos como un padre verdadero y piadoso, teniendo en cuenta mas el remedio de la necesidad que la avaricia. Si el príncipe es denominado "padre piadosísimo" de los súbditos, lo es para que en su nombre se lleve a cabo el cuidado y la conservación de los súbditos, mas por amor paterno que deseando gobernar con la potestad tiránica. Al respecto cita Antónex a Plinio en el panegirico a Trajano: "Y tú que recusabas el nombre del padre de la patria: ¿Qué amplia fue tu modestia para con nosotros! que tardíamente fue aquel nombre para los vicics, lo que en nosotros en el primer día del principado, imperio o al ser nombrados César recibieron, tú hasta en esto discrepaste; hasta tú, parco en estimar tus propios beneficios, no te confesaste digno de ellos. De este modo, solamente te sucedió a ti entre todos que fueses padre de la patria antes de ser nombrado" (140).

Llegado este punto lanza Antónex una verdadera arenga política en pro de los reyes de Portugal que si bien encierra escaso valor como doctrina jurídica, si es

interesante como espécimen de las mentalidades de su tiempo y época, muy influidas por la *Restauração* que protagonizó Juan IV, y Alfonso VI, frente a Felipe II (III de España).

Para el los reyes "invictos de este reino" aventajaron en esta materia tributaria y por ello son seguidos por los súbditos con gran amor. No existe dice Antúnez amor más grande bajo el sol hacia su rey que el de los lusitanos, que siempre quisieron a sus reyes como padres piísimos. Y por eso Isabel la Católica se admiró en las guerras de cómo los portugueses luchaban por su rey, como si fueran sus hijos, y dijo de ellos que el rey de Portugal iniciaba la guerra con hijos y ella con vasallos.

Volviendo a términos menos nacionalistas, pero muy floridos, añade Antúnez que del mismo modo que nadie tiene un consejo mejor para los hijos, que el padre, el príncipe está obligado a consultar a los súbditos como si realmente fuera un padre cuando se trata de imponer tributos, para que no sean gravados los súbditos de forma inmoderada, puesto que debe mirar por ellos para no deprimirlos, teniendo en cuenta el modelo de la patria potestad sobre los bienes de los hijos, la cual solamente se aplica sobre ellos para lograr efectos



provechosos y útiles. Por lo que, aunque los subditos están obligados a socorrer la necesidad, el príncipe debe estar satisfecho por el hecho de que se cubra la necesidad sin grave lesión de los vasallos. Y entonces el "amable" monarca podrá imponer en los Comicios tributos moderados con el consentimiento de los pueblos. Cuando interviene ese consentimiento del pueblo no se oyen justas querellas y ni los tributos se exigen con escándalo, ni se retienen injustamente. Así dice Casiodoro: "Los tributos no deben ser exigidos a los tristes, y solamente debe ser ganado aquel lucro que puede ofrecer el poseedor contento y recibir el militar solemnemente seguro. ¿Qué se puede adquirir donde la buena conciencia se ha perdido? ¿O en qué parte puede el hombre beneficiarse si se prueba que la inocencia ha sido perdida?. No deben crearse con frecuencia aquellos tributos que se obtienen con gemidos y dolor de los hombres. El dolor es el oro que brota de las lágrimas, concluye Antúnez en uno de los pasajes más floridos y exaltados de su obra.

Además de justos e imprescindibles, para nuestro autor los tributos no deben ser excesivos; porque donde se exigen tributos fuertes y desacostumbrados se omiten los tradicionales y ordinarios. Alega Antúnez en su apoyo a Casiodoro: "La disminución de los antiguos

servicios se debe al aumento de los nuevos, en la proporción en que aumenta la parte nueva, la vieja pierde consistencia". Y además, apostilla Antúnez si los tributos son inmoderados, de su exigencia rigurosa surgen sediciones. Realmente los tributos que no proceden según la equidad y la piedad, "no son del Cesar, sino del diablo".

De lo anteriormente expuesto se deduce por Domingo Antúnez que el príncipe por sí solo no puede crear tributos y que deben ser establecidos en los Comicios con el consentimiento del pueblo y no de otra manera. Los procuradores deben tener en cuenta todo lo anteriormente expuesto, para que todo tributo solamente se imponga por necesidad y con la debida equidad y piedad.

Como excepción a estas reglas generales, señala Antúnez el caso en el que la necesidad urge, porque los enemigos de repente invaden el reino por tierra y por mar; de tal manera que no pueden ser convocados los Comicios, existiendo un grave peligro en la demora. Entonces el rey podrá por sí establecer un nuevo impuesto sin el consentimiento del pueblo. Cuando existe un peligro por la [?] es buena doctrina autorizar a llevar a cabo el acto imprescindible, incluso sin el consentimiento de aquel cuyo consentimiento es necesario

en situaciones normales. La razón está en que cuando existe ese peligro grave por el retraso se permiten muchas cosas que de otra forma se negarían. Puesto que el peligro en la demora es imprevisible carece de regulación legal y plenamente satisfactoria para todos los casos y ello obliga con frecuencia a alterar no sólo los preceptos humanos y naturales, sino también los divinos. Por lo demás, la necesidad no solamente carece de ley, sino que resulta que es la ley misma quien se somete a la necesidad, por la sencilla razón de que si surge el caso de necesidad, cualquier prohibición, siempre tiene que admitir una excepción de este tipo, la cual hace lícito lo que antes era ilícito. Y en el caso indicado debe considerarse que se trata de una necesidad extrema, porque si no se atiende a la necesidad surgida, el reino, el estado y el rey no pueden subsistir. Larrea sostiene que cuando la necesidad es hasta tal punto urgente que se puede tener un gran peligro para el estado del reino, no se requiere el que se pruebe que la necesidad es presente, es suficiente que sea inminente y urgente, y que pueda tenerse con verosimilitud. Estima Antúnez análogas las medidas que se pueden tomar por caso de necesidad o por previsión de esa necesidad.

Por consiguiente, cuando urge tal circunstancia estima Antúnez que bien puede imponer tributos nuevos el

príncipe sin contar con los Comicios y no es regla arbitraria a su juicio porque el príncipe puede tomar legalmente los bienes de los particulares en favor de la defensa de la república o para socorrer una necesidad pública, lo que también es correcto. Aunque el príncipe al privar a un tercero de una cosa para bien y utilidad pública pueda deba dar otro bien a cambio, como con digna satisfacción. Pero en el caso de una pública y urgente necesidad no está obligado a resarcir el daño, ni incluso después que cesó la necesidad, aunque según Larrea y Oliva, una vez que cesó la necesidad está obligado a restituir al vasallo la cosa o el feudo sustraído.

Pero no es cuestión dudosa el criterio que sostiene par nuestro autor porque entiende que el príncipe en caso de urgente necesidad puede obligar a los súbditos ricos a prestar dinero para su defensa y la de otros súbditos. Y lo que es más, si es muy urgente la circunstancia puede el príncipe tomar incluso los vasos de oro y de plata de la Iglesia para satisfacer la necesidad, aunque esté obligado, una vez que se ha cubierto la situación a restituirlos, como entiende Antúnez que se prueba por textos bíblicos y se hizo en Portugal en tiempo de Juan I (141).

En el tiempo en que sobreviene una necesidad o si esta es repentina, por ejemplo, cuando el reino es invadido, los clérigos y las personas eclesiásticas no gozan de la inmunidad de los tributos y están obligados a contribuir. Es de principio indiscutible de derecho que el rey puede sin los Comicios, en dicho caso de urgente y sobrevenida necesidad, imponer nuevos tributos, incluso a las personas inmunes, siempre que la circunstancia sea tal que no pueda esperarse a la convocatoria de los Comicios; porque en este caso se trata de la salud del pueblo, previsión y atención de la cual, después del cuidado de Dios corresponde a la prudencia del príncipe.

La doctrina de Antúnez sobre los fundamentos jurídicos de la imposición de tributos, requiere que se dé una causa justa y una necesidad pública. Sobre la necesidad hay que atenerse al criterio del príncipe, postura que nuestro autor entiende probada por Larrea, y sobre ella no deben discutir los procuradores en los Comicios, porque se debe considerar como un sacrilegio la duda sobre las afirmaciones del príncipe. Pero dichos tributos creados por una causa de urgente necesidad deben cesar cuando cesa la causa. Concluye Antúnez su disertación recogiendo citas que enumeran

muchos casos de príncipes que devolvieron los tributos una vez pasada la necesidad que los motivó.

Finalmente cabe reseñar que Antúnez, al hablar de tutores y procuradores del Rey introduce la figura del "ayudante" que equipara con las anteriores.

En cuanto a la recomendación tributaria Antúnez establece que puede ser ordinaria y extraordinaria. Se llaman tributos ordinarios los que, según la constitución del príncipe o con la anuencia del senado, se cobran en un tiempo determinado, como de año en año según el sistema de la llamada SISA y se paga cualquier año en una determinada cantidad y forma. Se llaman tributos extraordinarios los que no tienen una prestación cierta, uniforme y determinada y acaecen accidentalmente y se imponen de forma inesperada, según lo exija la necesidad de los acontecimientos. Antúnez pone como ejemplo de estos tributos (la colecta extraordinaria pertenece a las regalías) el subsidio que pide el príncipe en favor de su feliz llegada o por causa de la guerra o por una necesidad similar. Pertenece a los privilegios reales el que el príncipe pueda reclamar a sus vasallos en el tiempo de sus nupcias o de sus hijos. Lo que ciertamente no procedía por derecho común, es que el príncipe

podía expoliar a sus súbditos para casar a la hija. Pero la legislación estableció lo contrario.

Y además los súbditos deben prestar subvención y auxilio al príncipe en caso de pobreza o necesidad en favor de la hija que va a entrar en religión; ya que si deben ayudar al príncipe en favor del matrimonio carnal, también están obligados a hacerlo con el espiritual; porque es válido el argumento del matrimonio carnal para el espiritual. Aunque advierte Antúnez que la cobertura debe ser menor para la hija que entra en religión que para la que contrae el matrimonio, incluso, los vasallos estarán obligados a ayudar al príncipe en favor de la hermana que va a contraer matrimonio.

Por el contrario no están obligados a prestar la predicta subvención en favor de los hijos que van a contraer matrimonio.

Nos dice Antúnez que entre los tributos ordinarios y extraordinarios se da esta diferencia, porque, aunque normalmente todos están obligados a pagar los tributos, tanto ordinarios como extraordinarios; sin embargo, de aquellos que son ordinarios nadie tiene excusa o excepción e incluso si a alguno le fue concedida por el príncipe la exención del tributo público, no se

consideran por esto perdonados los tributos ordinarios, o la contribución solemne.

Por la sencilla razón de que la inmunidad va en contra de la utilidad pública; lleva consigo el perjuicio de muchos; pues más fácilmente se soportan las cargas que están distribuidas entre muchos que las distribuidas entre pocos. Cuando la exención se concede a uno, a los demás se les sobrecarga y no se observa la equidad que debe mantenerse absolutamente para todos, se muestra Antúnez en este punto de forma y talante altamente avanzado para la época y nos dice que:

Sobre todo en las cargas y tributos en cuya distribución debe ser apetecida la igualdad entre todos. Por este privilegio contrario que concede la inmunidad no debe ser observado por ser contrario a la utilidad pública. Lo mismo que tampoco debe ser observado el privilegio, o, por el cual el príncipe concede que alguien pague menos en sus contribuciones que lo que proporcionalmente le corresponde. Puesto que el príncipe que contra el derecho o la utilidad pública, sin causa, concede un privilegio, peca mortalmente. Pero pese a estas rotundas afirmaciones más adelante indica que lo dicho respecto al privilegio de inmunidad, debe entenderse a no ser que conste la voluntad del príncipe,



entonces deberá ser observado, ya que dudar de su potestad es una especie de sacrilegio.

Igualmente el príncipe puede muy bien conceder la inmunidad respecto a los tributos extraordinarios. Lo contrario sucede si para sufragar las necesidades de la república en caso de guerra se le prometió al rey cierta cantidad en los Comicios Generales por los tres brazos del reino, como ocurrió en Portugal, pues realmente estos tributos extraordinarios se equiparan a los ordinarios, para que todos estén obligados a contribuir. Por consiguiente no tendrá validez el privilegio de inmunidad, como subrepticio, puesto que queda ya dicho respecto a las operaciones comunes. Así, el rey Juan IV respecto a la contribución de los décimos declaró nulo y subrepticio cualquier privilegio de inmunidad en el régimen de los diezmos.

Nadie está inmune de las cargas y tributos ordinarios, cualquiera que sea la prerrogativa que tenga para estar exceptuado en algunos de los que el príncipe manifieste estar inmune. Fuera de éstos, todos están obligados a contribuir, y no solamente en el foro externo por miedo a la pena, sino también en el foro de la conciencia, puesto que el mismo Cristo también pagó por sí el tributo y mandó a Mateo que también le

pagaran. No está menos obligado ante Dios el que defrauda los impuestos legítimamente establecidos que el que se apropia de una cosa ajena.

De nuevo Antúnez hace uso de las Sagradas Escrituras para justificar sus teorías y esto le lleva a afirmar junto con Bartolo y Baldo. Si los tributos son ilícitos e injustos, el que defrauda no estará obligado en el foro de la conciencia a la restitución.

Se plantea Antúnez la cuestión de si: ¿Pueden ser comunicados o donados los tributos a los inferiores?. Y distingue entre la misma imposición del tributo, la nueva potestad de instituirlos, que no puede ser concedida por el príncipe, porque está reservada al príncipe para poner un obstáculo a la avaricia de muchos y guardar la salud del pobre. Pero los tributos ya impuestos bien puede el príncipe concederlos o donarlos a los inferiores...

Advierte se exceptúan algunos tributos, o servicios, que no pueden ser donados por el rey, como son las gabelas, las rentas de las basílicas reales, las cuales no se pueden conceder, de tal manera que, aunque se donen expresamente, la donación se considera nula; como hecha con grave perjuicio de la Corona. Puesto que estos derechos no son concedibles, tampoco pueden pres-

cribir después de un determinado espacio de tiempo; como muy bien trata esto sobre las gabelas Gutiérrez entre otros.

Tampoco puede donar el príncipe las tercias de las rentas de los consejos y de las ciudades del reino, porque no son de él, sino destinadas a la reconstrucción de los muros y de los alcázares. Dichas tercias son de los pueblos, no del rey.

Las ciudades, fortalezas y sus consejos no pueden imponer tributos, no colectas, sin la licencia del rey, ni siquiera para remediar necesidades públicas. No es lícito aumentar el Consejo de la ciudad, ni establecer salario sin la licencia del rey.

En apoyo de esto cita el ejemplo del derecho de Castilla donde, tampoco las ciudades pueden imponer colectas sin la licencia del rey. Existe, sin embargo, una excepción: cuando no excede la suma de tres mil maravedís y se trata de socorrer necesidades públicas. Estas colectas en el derecho castellano se llaman "repartimientos".

Pero recuerda que cuando la necesidad surge por la guerra o por la peste, bien se puede imponer a las ciudades una colecta sin la licencia del rey para hacer

muros y custodiar la ciudad, o cuando es necesaria para otro bien público.

Por último se plantea la duda acerca de si los tributos pueden ser adquiridos en contra del príncipe por prescripción. Y distingue entre los tributos que se deben al rey en señal de sumisión y reconocimiento de la suprema potestad y los sueldos de los militares para la defensa de la república, y los que son debidos por cualquier otra causa. En el primer caso no hay lugar para la prescripción, aunque sea inmemorial. En el resto de los tributos procede la prescripción inmemorial.

#### II.2.4. LA POTESTAD LEGISLATIVA

Para centrar esta cuestión, indica Antúnez que debe hacerse uso del principio, anteriormente establecido, según el cual el pueblo transfirió al rey todo el imperio y potestad, incluso todo ejercicio de jurisdicción, en cuya potestad radica el derecho de dar leyes y afirma que tal idea es un dictamen de la razón natural, ya que aquél que da la ley se somete a ella.

En apoyo de su tesis cita Antúnez a Platón: "interitum Reipublicae parari, in quia non lex Principi, sed legi Princeps praeset" (142). Recoge también la idea de Gabriel Alvarez cuando afirma que el príncipe, no sólo por utilidad sino por necesidad, está obligado a la observancia de las leyes, las cuales deben de reducirse solamente a lo necesario (143).

En todos estos argumentos queda palpable el criterio de nuestro autor de no transmitir el principio de supremacía legal, ya que entiende que el monarca debe vivir según las leyes, y recuerda en su apoyo que el propio Jesucristo quiso circuncidarse para que vieran que él cumplía con la ley, y que el rey está obligado si no por la ley sí por la razón (144).

Igualmente entiende que sólo el rey podrá declarar o interpretar una ley dudosa. Otras reglas que establece Antúnez al respecto son que las leyes deben ser observadas de buena fe, y no tiene validez las que se hace con fraude de ley porque el fraude en la observancia de la ley es una especie de sacrilegio y en consecuencia es más grave el fraude a la ley que al hombre. Igualmente se debe entender que donde la ley prohíbe hacer algo sin añadir penas extraordinarias, de ninguna manera el juez puede aplicarlas a su arbitrio. El juez no puede imponer arbitrariamente la pena de muerte. Esta cuestión se tratará más ampliamente en otra parte, (145) aquí el autor sólo apunta este principio.

Pero la cuestión más ampliamente tocada por Antúnez en tema de potestad legislativa regia, es la de si puede el príncipe dar leyes contra el derecho natural o de

gentes y profundizando en ello se pregunta además si le es lícito rescindir los contratos hechos por él, tanto por una ley general como por un rescripto? ¿Puede cambiar los contratos hechos por los súbditos y las últimas voluntades de los testadores o eliminarlos?

Para adoptar un criterio, Antúñez cree oportuno partir del principio general de que el rey no puede establecer nada contra el derecho divino. Sería injurioso para Dios, pues el rey es inferior a Dios, el rey debe cumplir las leyes divinas, observarlas y no establecer otras en contra. Tampoco el príncipe puede dar leyes contra el derecho natural, tanto si se trata del derecho primario, esto es aquél que es común a todos los vivientes, como si se trata del derecho secundario que sólo afecta a los hombres (146).

De ello se deduce que el rey no puede rescindir los contratos hechos por él con los súbditos, ni siquiera usando la plenitud de potestad, y no puede por el hecho de que los contratos se basan en el derecho de gentes y porque es de derecho natural guardar la fe. En los contratos del príncipe, se presume la buena fe y tienen la fuerza de ley, hasta el punto que si el príncipe contrata en contra de las leyes, se considera que las abroga.

Ahora bien, en caso de ser preciso para la utilidad pública, el príncipe puede rescindir, modificar y anular el contrato, como podría hacerlo en bien de la paz o para evitar un escándalo, u otro evidente perjuicio, ya que la utilidad y la causa pública siempre deben ser preferidas a las privadas. En consecuencia admite Antúnez que todos los privilegios pueden ser revocados cuando van en contra del derecho y la utilidad pública. Pero el autor advierte que cuando se habla de necesidad pública no es aquella que lleva a la última miseria, pues en forma contraria con base en esta necesidad pública el príncipe podría privar de los bienes a sus súbditos y modificar y cambiar contratos, etc.

Por último Antúnez advierte que el príncipe no puede revocar un privilegio concedido a uno que no es súbdito, luego, una vez concedido un privilegio por el Sumo Pontífice al rey, no se considera que se lo deroga a no ser que se advierta expresamente (147).



#### II.2.5. POTESTAD GUBERNATIVA

No hace Antúnez un análisis global de la cuestión ni se plantea sus fundamentos básicos, sino que toca un corto número de cuestiones aisladas unas de otras en diversas partes de su obra. Se trata de la facultad de crear cargos públicos, vender oficios, erección y tutela de Universidades, y de la acuñación de moneda. Examinaremos sucesivamente sus criterios al respecto.

##### a) Creación de Cargos Públicos

La facultad de crear cargos públicos es contemplada por Antúnez en primer lugar con referencia a los oficios judiciales. Nuestro autor parte de la observación de que antes de haber sido dadas las leyes, cuando no

existían éstas, no existían tampoco magistrados; porque el pueblo se regía solamente con el criterio del rey.

La potestad de crear magistrados corresponde a las regalías mayores del monarca, pues afecta a la suprema jurisdicción. Nadie puede crear magistrados a excepción del rey. Esto se entiende en el sentido de que "aunque el príncipe dé una ciudad a algún magistrado o fortaleza con jurisdicción, sin embargo, éste no pondrá en la ciudad a un juez, al que se llama foráneo. Tampoco el donatario puede ser llamado señor de las tierras, ni los jueces y notarios pueden usar este nombre, a no ser que expresamente se contenga en la donación, porque, aunque haya sido concedida la jurisdicción, sin embargo, la elección de jueces ordinarios, regidores y demás oficiales pertenecen al mismo pueblo y no al señor de la jurisdicción" (148). Esto mismo se observa en Castilla, añade Antúnez. para quien el magistrado debe ser especialista en la ciencia del Derecho y tener conocimiento de lo bueno y de lo equitativo, para poder distinguir entre lo justo y lo injusto. A los magistrados les está prohibido por el propio derecho divino y el humano toda avaricia, rapacidad y aceptación de dones. El juez debe ser incorrupto, y para ello el salario le debe resultar suficiente para poder vivir honestamente.

A la suprema jurisdicción del príncipe y a su majestad corresponde también la creación de escribanos, notarios y demás oficiales de justicia. Este derecho pertenece a las regalías mayores y sólo corresponde al príncipe que no reconoce superior. Luego los señores inferiores y los donatarios de la corona real no pueden crear escribanos o notarios, tales oficios son inherentes a las competencias del príncipe y su dominio no pasa al concesionario, sino que permanece en el príncipe. Antúnez distingue un punto paralelo y subordinado a éste en la pregunta de cuándo los señores de tierras, los duques, los marqueses o los condes pueden conceder el oficio de escribano y advierte que de ello se ocupa al tocar las donaciones de jurisdicción.

Entiende que al príncipe le corresponde tanto la creación como el aumento de estos oficios y del mismo modo puede disminuir los oficios o suprimirlos, pues tales disminuciones o aumentos andan, como dice, "con el mismo paso", correspondiendo en definitiva la disminución a un criterio cuantitativo que en esencia es idéntico al que corresponde al aumento y a la inversa. No considera pues que sea cuestión de calidad y por eso no entra en ella.

Aborda también Antúnez una cuestión práctica importante que se plantea al conceder el príncipe a algún magnate la facultad de proveer los oficios en alguna ciudad, ¿esta donación comprende también los oficios creados o aumentados de nuevo por el rey después de la concesión, de tal manera que el donatario los pueda proveer? o ¿corresponde solamente al príncipe su provisión?

Se pueden señalar argumentos contradictorios en esta cuestión. Como alegaciones en favor del derecho del destinatario cabe apuntar, primero, que toda disposición hecha en términos indefinidos o en locución hecha de modo simple, o sin alguna condición de tiempo, comprende lo futuro. Así, por ejemplo, la exención de las décimas de los obispos hecha con palabras indefinidas comprende también los predios futuros y los adquiridos de nuevo. Lo que es indefinido, se considera como la luz, que también alumbra a lo que está adelante. En el legado del oro o del trigo que el testador deja en el momento de la muerte se incluye todo el oro y todo el trigo que tenía en ese momento. Normalmente la locución indefinida se extiende a las cosas futuras y así las palabras indefinidas se consideran universalmente comprensivas. Pero si la disposición indefinida fue concedida con una condición temporal, o con el pronombre

"mío", se restringe a lo presente, pues ese pronombre indica el tiempo presente.

Como segundo argumento cabe aducir que la donación del príncipe, como un beneficio suyo que es, debe ser interpretada de forma amplísima, sobre todo en relación con el concedente. Además, como en el caso propuesto solamente el príncipe puede sentirse perjudicado por un particular y esto no es demasiado grave, la donación hecha por palabras indefinidas afecta, no solamente a la provisión de los oficios que ya estaban creados, sino que también se extiende a los futuros. Recuerda Antúnez que por estas y otras razones sostiene esta opinión Barbosa (149).

Sin embargo se inclinan en forma contraria Arias de Mesa y otros, argumentando que lo mismo que los oficios de escribanos no se consideran dados a no ser que se expresen de modo específico en la donación, de la misma manera es necesario explicitar en la donación que se conceden los futuros oficios. Además, para que se puedan proveer los oficios no vacantes durante un tiempo se requiere una especial concesión (150). Y en rigor hay que decir que Antúnez, en esta ocasión no va más allá de la mera enunciación de criterios diferentes.

b) Venta de Oficios

Más explícito y minucioso que en el punto anterior, se muestra nuestro autor en la cuestión de si puede el rey vender los oficios públicos. Nos indica Antúnez de partida que pese a la prohibición de la venta de los oficios públicos en la antigüedad, sin embargo, la opinión común y constante de los doctores, juntamente con la tradición, sostiene que el príncipe puede vender los oficios públicos, ya que es su dueño y los oficios son temporales, por lo que, al no contener nada espiritual, son valorables en un precio. Así como respecto al Papa no puede darse la simonía, tampoco respecto al rey se puede considerar prohibida esta materia. Y ésta, entiende que es la opinión común.

Esta opinión común la considera pertinente también en los oficios que llevan aneja la jurisdicción. Le es lícito al que vende el oficio jurisdiccional incluir la justicia, en la venta, pese a que ésta no puede ser comerciable, es algo celeste y santo. Aunque se arguya que la causa principal para establecer los tributos por parte de los príncipes, es la de poder ellos mismos administrar esa justicia, por eso mismo la deben administrar gratis o sin ningún otro cobro adicional por

lo que no se puede vender, sin embargo en los oficios, el ejercicio y la jurisdicción dependen del príncipe (pues el rey es, por la misma naturaleza de los oficios, dueño de los oficios y de la jurisdicción), y así rectamente podrán venderse dichos oficios, aunque lleven anexa la jurisdicción, siempre que la venta se haga con la concurrencia de tres circunstancias; que la venta se haga a los idóneos; a un precio moderado y por causa de una necesidad pública.

Pese a que para Antúnez todo lo anterior sea verdad en rigor del derecho, sin embargo, no se puede negar que es más conveniente y congruente no vender los oficios, sobre todo los que conllevan jurisdicción, como las magistraturas y similares, y para hacer esa recomendación se apoya en Bobadilla quien afirma que los reyes y príncipes se deben abstener de estas ventas en la medida que les sea posible, ya que es indigno e indecoroso para ellos. Añade también que es muy conveniente para la república el que no se vendan estos oficios, por los graves males que nacen con su venta, y recuerda que casi todos los autores piensan que dicha venta es muy peligrosa y aconsejan que se elimine por completo de toda república, pues mientras estos oficios sean venales, no estará su provisión en relación con los méritos de las personas a quienes se vende, sino en relación con el

dinero que tengan. Así, frecuentemente, se constituyen en magistrados varones corrompidos por la ambición y la avaricia, infamados por la sangre, sin letras ni prudencia, que suplen con el dinero la carencia de méritos. Los varones honrados e ilustrados o carecen de tanto dinero o consideran indecoroso moverse por estos medios hacia los oficios y en consecuencia los magistrados, en otro tiempo poseedores de un gran honor en la república, se envilecen.

En apoyo de su alegato cita Antúnez un texto de Alejandro Severo afirmando que en esta vida, el que compra un oficio vende la justicia: "Yo no soporto a los mercaderes de potestades, a los cuales, si los soportara, no los podría castigar, me avergüenzo de castigar a un hombre que compra y vende" (151). Quizá pudiera pensarse que este fragmento y el de Salustio recogido más abajo, más bien se refieren al *contractus sufragii* que a la venta de oficios (152) y más definitiva es en cualquier caso la cita que hace de Gabriel Alvarez para la venta de los oficios que conllevan la administración de justicia engendra la desgracia de la república; mientras que de su distribución gratuita, en función de méritos, proviene la felicidad y el incremento de la república. Por eso dice la común convicción que Roma, dominadora del mundo



entero. floreció cuando los oficios públicos se distribuían según los méritos; pero decayó y fue sometida cuando los oficios se hicieron vendibles. Así decía Salustio: "¡Oh ciudad vendible, presta a parecer si encuentra un comprador!".

Pero si urge la necesidad pública, a la cual no se puede aliviar de otra manera, le será lícito al príncipe vender estos oficios, siempre que la venta se haga a un precio digno y moderado. No se debe, por tanto condenar a los reyes que confirieron los oficios públicos por dinero, cuando de otro modo no se podían remediar las necesidades públicas del reino y los gastos continuos de la guerra. La necesidad hace lícito lo ilícito y en toda prohibición se excluye el caso de necesidad (153). No cabe duda tampoco de que la cosa que no se puede enajenar, se puede enajenar también por causa de una necesidad pública. No sólo la necesidad carece de ley, sino que la ley está sometida a la necesidad.

Más fácilmente, por una causa menor, entiende Antúnez que el príncipe puede vender los oficios de escribanos y similares, los cuales no llevan aneja administración de justicia alguna, pero siempre queda reservada al rey la facultad de vender los oficios de juez y de magistrado, según lo tratado antes, del mismo

modo el rey tampoco debe vender los oficios de escribano y semejantes, por el mucho daño que de semejantes ventas nace para la república. Tampoco debe el príncipe conceder licencia al oficial para vender su oficio a otro; porque si esto es indecoroso para el príncipe, también lo es conceder a otros la facultad de vender. Sobre todo, porque aquél a quien se le ha concedido la facultad de renunciar al oficio, no lo puede hacer por dinero. Debe recordarse que la facultad de renunciar y la facultad de vender se diferencian entre sí. Si se concede una, no por eso se debe considerar dada la otra, y respecto de la facultad de renunciar, si concede a la mujer o al padre (para poder dotar a la hija que entra en religión) o el oficio se concede a un noble (de condición superior al oficio), con la facultad de renunciar; entonces sí se podrá hacer la renuncia aceptando dinero; porque tácitamente se juzga concedida la facultad de vender. En esta materia tanto opera la concesión tácita como la expresa.

Lo tratado anteriormente sobre la potestad de vender los oficios tiene lugar sólo en el príncipe supremo que no reconoce superior; no en los inferiores, es decir, en los condes, barones, marqueses y duques, quienes, aunque por donación puedan conferir oficios, no los pueden vender, porque no son los dueños de los

oficios, sino meros dispensadores: por lo que si pudieran venderlos, se diría que vendían sus sufragios en utilidad propia y en beneficio particular (154).

c) Universidades

Es indudable que aquél al que no se le reconoce superior se le debe encomendar el cuidado de la ciencia, de las Academias y las Universidades y sea él el encargado de fundar Universidades y Academias que sirvan al bien común. Parece pues que en principio es el Sumo Pontífice quien tiene el mejor, pero no el único derecho de fundar una Universidad. Pero además resulta que el Papa no tiene jurisdicción temporal en otro reino que no sea suyo. Y por tanto necesitará la aquiescencia del monarca del reino donde pretenda crear esa Academia o Universidad.

Como, la creación de la Academia corresponde en alguna medida al príncipe, entiende Antúnez que consecuentemente también, a él le corresponderá su protección y conservación. Recuerda que el emperador Federico afirmó: "Merezcan incondicionalmente nuestra alabanza y protección cuya ciencia ilumina todo el mundo" (154).

Hay que advertir que en opinión de Antúnez es conveniente considerar la decisión regia de fundación universitaria como incompleta y nulo el diploma en que contiene esa creación de la universidad, si en el rey no se denomina como protector de la universidad; en realidad Antúnez extrapola aquí una característica que toma de su propia Universidad (155).

#### d) Acuñaciones

Señala Antúnez como derecho de la Corona el acuñar moneda y arguye que en el reino de Castilla no se concede salvo raras ocasiones la posibilidad de hacerlo a particulares, pues si otro que no sea el rey pued acuñar moneda, existiría otra potestad en el poder (156) y se crearía una gran confusión en el reino acerca del valor atribuible al dinero circulante, peligro que debe de evitarse por el bien de la propia comunidad.

No es ajeno Antúnez a las matizaciones de los juristas de su tiempo. Para él, aunque le corresponda al príncipe el derecho de acuñar monedas, de aumentarlas o disminuirlas, sin embargo, ese príncipe no puede cambiar la forma, la materia y el peso de las monedas,

sin el consentimiento del pueblo. Y esto se entiende así aunque no se prescriba mediante alguna ley que no se puede cambiar la moneda sin ese consentimiento. El derecho natural, que establece una norma para todas las acciones del príncipe (incluso el derecho de gentes, del cual procede el uso de la moneda) rechaza dicha mutación de la moneda. Y el príncipe no puede violar ese derecho sin una causa gravísima, pues todo aquello que repercute en perjuicio de otro y es ilícito por derecho natural, no lo puede hacer ni siquiera el príncipe, a no ser por una causa grave o por consentimiento de los afectados. Para Antúnez es verdadero el criterio que niega al príncipe poder alterar la moneda sin el consentimiento de su pueblo, y ello le lleva a disentir expresamente de Larrea, quien añade también que es congruente con la más recta razón de gobierno el que se haga la mutación de la moneda con el consentimiento del pueblo, no solamente por la potestad del príncipe. Más para Antúnez esta cuestión no ofrece ninguna duda, en el sentido contrario y se apoya en algún ejemplo portugués como el caso de Alfonso IV quien quiso cambiar el valor de la moneda y tuvo que recabar el consentimiento del pueblo y del estamento eclesiástico, decisión que Antúnez interpreta inspirada en el deseo de que una vez hecho el "contrato" no se pudiera hacer otra mutación en el futuro sobre lo

determinado (157). Sin embargo los historiadores actuales de Portugal, como ocurre con VERISSIMO SERRAO, no ponen especial significación en interpretar los acontecimientos de ese reinado (1230-1357) al modo como lo hace Antúnez, sino más bien dentro del contexto de una política monetaria que abusó de quebrar moneda (158).

Como es habitual pues, por otra parte, en las obras de autores de este tiempo, sus criterios se superponen a los de otras épocas, que ni siquiera se plantean como objeto de investigación, y lo más interesante no es usar de Antúnez como fuente histórica, sino precisar y resumir su propio pensamiento. Insiste en el hecho de que la mutación de la moneda supone la destrucción de los reinos, turba a los súbditos y produce sediciones, desarrollando así a Larrea quien también sostiene que de la mutación de la moneda nacen muchos males. Para ambos autores, de esas mutaciones no suelen hacerse en una república bien constituida, pues nada hay más necesario que la firmeza y la seguridad de la moneda. La mutación fácil y frecuente de moneda suele darse sobre todo en las repúblicas mal constituidas y no gobernadas prudentemente. Y en esa línea se extiende sobre "calamidades", ahora tomadas de los reinos de Castilla en su historia por las muchas mutaciones de moneda (159)

que hubieron de sufrir. Sin negar el efecto pernicioso que revistieron tales acontecimientos, lo que hoy no debe perderse de vista al leer a Antúnez y a Mariana y a otros cuando escriben sobre estas cuestiones, es que parten de un concepto de la relación Rey-Reino establecido por ellos mismos a partir de sus convicciones doctrinales, no extraído en forma históricocrítica de las épocas que citan como ejemplos. Desde esa particular óptica, entran en la Historia para extraer temas que adoptan e interpretan sin otra hermenéutica que esos sus propios conceptos de base.

Lo más significativo de Antúnez es su esfuerzo por señalar la potestad del rey en estas materias, para enseguida matizarla exigiendo para su correcto ejercicio que intervenga una causa justa y pública, porque si ésta sobreviene rectamente podrá el príncipe por sí solo cambiar la moneda, aumentarla y disminuirla, como recuerda que afirman unánimemente los doctores. Pero si los príncipes proceden en esta materia sin una causa justa y sin el consentimiento del pueblo pecan, y su pecado es calificable de rapiña. Y advierte además, que aun existiendo una causa justa debe el príncipe actuar con máxima circunspección y deliberar en un consejo profundo sobre la mutación de la moneda. En el los consejeros deben mostrarse tales que nunca puedan ser

tenidos por "desertores", esto es, por hombres que abandonan el cuidado del pueblo, que es responsabilidad suya. Ese fue el sentido con el que el Pontífice Inocencio III llamó desertores a los consejeros del reino de Aragón, los cuales fueron los causantes de que el rey, sin el consentimiento del pueblo, jurase conservar la moneda de su padre durante cierto tiempo; la cual había sido defraudada en su legítimo peso hasta su muerte. Con este motivo dice Juan Andrés que hoy se encuentran muchos consejeros que son verdaderos deservidores y solamente se esfuerzan en dar consejos que causen extorsión a la moneda (160).

Existirá para Antúnez causa justa para cambiar, aumentar o disminuir la moneda (en cuanto al aumento o disminución del valor de la materia de la cual se hace la moneda), si según la común estimación de los hombres se hace más preciosa y cara, su materia (oro, plata o bronce, entonces con justicia se puede aumentar el valor de la moneda, pues en materia de monedas los reyes son ministros del derecho de las gentes, y deben velar por el mantenimiento de la igualdad según las vicisitudes de los tiempos y las circunstancias (161). Estaríamos entonces en presencia de la necesidad pública para fundar el cambio de moneda, y también de la utilidad, y



cuando éstas se dan en forma urgente, bien se puede modificar la moneda sin el consentimiento popular previo.

Quizá en todas estas materias, lo más elaborado de las frases de Antúnez resida en las líneas que dedica al concepto de la esencia o el valor de la moneda (162), cuestión que analiza con el método que ya conocemos.

Plantea el tema preguntándose si la esencia de la moneda consiste en el metal, en la autoridad pública o en la estimación impuesta. Recoge primero algunas opiniones, como la de Márquez, quien defiende a ultranza que la esencia de la moneda consiste en la materia de la que se confeccione, pero advierte que Larrea sostiene (y obtiene algún eco) la opinión contraria. Su punto de convicción radica en el texto "Se ha elegido una materia cuya estimación pública y perpetua soporte las dificultades de las permutas con igualdad de cantidad, y esta materia, forjada con una forma pública, se ofrezca al uso y al dominio, no tanto por su substancia como por su cantidad" (163). Para Antúnez por cantidad no puede entenderse otra cosa que la estimación, por la cual le es asignado un valor a la materia que constituye físicamente la moneda. A su vez es por aquél que ella hace valer a las demás cosas. Alega Antúnez ensu apoyo que Ulpiano habla de cantidad en el mismo sentido que valor, y que según Sociaca, tanto el peso como la

estimación de la moneda depende del arbitrio de la majestad.

Afirmando estos criterios resulta que el príncipe puede aumentar el valor de la moneda y acto seguido Antúnez inicia otra vez su caza habitual de precedentes de comportamientos que para él sólo pueden justificarse por participar en tales criterios. El resello de moneda (práctica que Antúnez resume bien; los reyes, necesitando monedas mandaron recoger todas las existentes y mandaron que cada moneda tuviera el doble del precio) se justificaría así y toma de la historia algunos ejemplos como el de los romanos, en la primera guerra púnica, al no ser suficientes para la república las monedas solicitadas, disminuyeron el precio de las libras de bronce para luchar en cinco partes y también Quinto Flavio Máximo al disminuir el peso, cuando Aníbal estaba a sus puertas, lucrándose, la república romana con la mitad del circulante.

Así mismo recuerda la historia de los reyes de Castilla Enrique II y Juan I aumentaron el valor de las monedas (datos que Antúnez conoce por Covarrubias) y que los mismo hizo Felipe III en el año 1602, para pasar luego a la historia portuguesa con Juan IV, de quien relata cómo hizo llevar todas las monedas del reino a Lisboa, Coimbra, y Ebra y habiéndoles impreso un nuevo

signo. mandó que las monedas tuvieran mayor valor que antes, actuación que repitió Alfonso VI (164).

Concluye Antúnez su análisis sosteniendo que aunque el asunto esté así por "rigor del derecho", para que se considere como esencia de la moneda más el valor impuesto que la materia, sin embargo, puesto que el reino fue introducido no tanto para la utilidad del rey como de los vasallos, el rey debe tener en cuenta más la utilidad de los vasallos que la propia; para que se conserve el reino seguro se haga justicia sin gravamen de los súbditos, por lo cual viene obligado a reparar todos los daños provenientes, de sus hechos injustos o de sus negligencias. Es así que, interesa a los súbditos sobremanera que la moneda conserve el valor del metal, de tal manera que el valor intrínseco sea tenido en gran consideración e igual la estimación impuesta, pues debe entonces acuñar el príncipe tal moneda, que no se sigan los gravísimos daños que Antúnez resume, como hemos visto apoyándose en Larrea. Por eso sostienen todos los doctores que el príncipe peca gravemente si, no existiendo una causa urgentísima, defrauda en su justo valor y para su propia comodidad y avaricia la moneda pura y legítima que debe dar a sus súbditos. Y el ejemplo escogido por Antúnez para sintetizar esa común opinión es un texto de Juan Márquez: "Porque es

obligación de los príncipes como de fiadores de la fe pública conservar la moneda en su peso legítimo, como el Papa Inocencio III escribió al rey Don Pedro II de Aragón y fue la causa por la que el rey Don Pedro IV confiscó los estados del rey de Mallorca, que le pertenecía y era su vasallo, por haber abusado de la ley. Y el poeta Dante llama al rey Don Felipe el Hermoso de Francia monedero falso: porque él fue el primero que en Francia enflaqueció la moneda de plata a la mitad de la ley, con grandes alteraciones de sus súbditos, y escándalos de los extranjeros".

e) Edificios y Comunicaciones

Expone Antúnez el razonamiento según el cual los edificios pertenecen tanto a la propia imagen general de la ciudad, se deduce que un particular no puede derribar la casa o villa por causa de su beneficio o su negocio; ni los mármoles y otros elementos de los que constan los edificios pueden ser vendidos por partes con el fin de ganar más, pues frecuentemente de la venta de cada una de las cosas se obtiene más dinero que de la venta de todo el edificio. Tampoco se puede comprar una casa

para demolerla y vender sus objetos como un negocio.

Se estableció en la legislación portuguesa una pena contra aquél que contraviniera esta orden, consistente en devolver al fisco el doble del valor. Pues aunque, cada uno sea el árbitro y moderador de sus cosas, sin embargo, la utilidad pública debe ser preferida a la privada, pese a que cada uno sea libre de edificar en lo suyo, incluso de levantar edificios hasta el cielo, y de abrir ventanas en sus campos. Del mismo modo puede edificar bajo tierra, hasta los infiernos (165).

Pero a este principio general puesto de manifiesto por Antúnez existen unas limitaciones de acorde con la legislación portuguesa:

Primero. Si el dueño, queriendo edificar, fue impedido por un tercero y desistió de su empeño, entonces, si después de largo tiempo trata de nuevo de edificar, se le puede prohibir en virtud del derecho, pues la prescripción corre en las servidumbres negativas a partir del día de la prohibición, lo que sin ella no existiría.

Segundo. El que tiene un muro común no puede cambiar la forma antigua del edificio en contra de la voluntad del socio.

Tercero. Si el estatuto local estableciera un determinado modo de edificar, incluso en un predio, nadie podría edificar en forma distinta a la establecida en el estatuto. Lo mismo habrá que decir si el modo de construir ha sido fijado por la costumbre o por acuerdo.

Cuarto. En los predios rústicos no puede el dueño edificar una casa en su feudo que impida los vientos necesarios para aventar el trigo en la era vecina, aunque no exista servidumbre alguna.

Quinto. Nadie puede construir libremente en su feudo cuando hay algo establecido o proyectado en un lugar público y lo puede perjudicar.

Sexto. Nadie puede edificar libremente en su feudo, o levantar la casa más alta, cuando lo tiene prohibido por un derecho de servidumbre. La servidumbre no se presume constituida, porque no tiene una causa natural, por lo que, o es impuesta, o ha prescrito. Hay que probar que la servidumbre ha sido constituida por un pacto, por un testamento o por un estatuto. También puede adquirirse la servidumbre por prescripción, la cual, en la materia de servidumbre negativa de no edificar o de no levantar la casa más alta, no procede sin una prohibición y, cuando ésta interviene, la servidumbre comienza a partir del día de la prohibición, como

dijimos antes, aunque la ley alguna vez haya prohibido la adquisición de servidumbre por el simple uso, pero que después esta prohibición ha sido revocada.

Como la servidumbre de no edificar alto o de no edificar es continua, la prescripción se adquiere a los diez años entre presentes y a los veinte entre ausentes, con el conocimiento y la anuencia del adversario. Pero hay que advertir que también la prescripción puede proceder sin prohibición en las servidumbres negativas, cuando el que prescribe tiene algún título justo y legal, aunque nunca haya intentado la prohibición.

Séptimo. Nadie puede edificar en su predio si, estando cerca un monasterio de religiosos o religiosas, quisiera elevar sobre ellos la edificación o abrir ventanas a través de las cuales fuera posible ver a los religiosos en su propia casa. Esta resolución es aceptada por todos cuando alguien intenta edificar cerca de un monasterio, al que perjudica el nuevo edificio sin que el edificador se beneficie de ello.

Octavo. El que adquirió una casa, o parte de ella, de aquél que tiene ventanas que miran a la casa vendida, no puede aumentar las alturas en perjuicio del vendedor.

Noveno. Nadie puede edificar de nuevo en su feudo o reformar un viejo edificio, cuando con ello se deforma la ciudad o se deteriora la vía pública.

Décimo. Nadie puede edificar en su feudo a emulación de otro. Pero hay que advertir que el edificio hecho en el feudo propio a "emulación" no se presume, por lo que el que alega que el edificio ha sido hecho a "emulación" tiene la obligación de probarlo.

En cuanto a los palacios, la legislación portuguesa los considera dentro de las regalías, estableciendo que gozan de diversos grados de inmunidad con muchos privilegios y parece muy cierto que cuando se donó una ciudad con palacio puede ser que en dicha donación se incluye también el mismo aunque no se diga expresamente (166).

Respecto a los ríos normalmente todos son públicos, aunque pertenezcan al rey en cuanto al dominio y a la propiedad, pero respecto al uso son comunes a todos, porque los derechos de navegar y pescar lo son.

Los ríos que no son navegables, siempre que son perennes, se consideran públicos, pero con la peculiaridad, advierte Antúnez, de que el río público no navegable es del príncipe en cuanto a la jurisdicción pero respecto al uso, es de las tierras y comunidad por cuyo



territorio confluye (167). Concluye Antúnez advirtiéndonos en el supuesto (168) de que el príncipe done un castillo con territorio si no se hace mención expresa del río se entiende que éste no se donó. En cuanto a la ribera se mantiene el principio de que los árboles de la misma son de su dueño.

A continuación nos introduce Antúnez en el concepto de vía pública y la define como aquella en la que concurren tres requisitos: que el suelo sea público, que por ella se camine públicamente y que lleve a una ciudad, a un río o al mar o a otra vía pública. El empedrado es una vía pública construida con piedras vivas (169). Tanto la pública como el empedrado constituyen según Antúnez derechos reales en cuanto a propiedad, no en cuanto al uso que es común para personas y animales.

De todo ello se deduce que solamente el príncipe y a quien el se lo concede pueden exigir impuestos sobre ella, y se obliga el príncipe y el donatario a mantener la seguridad en ellos, es decir librarlos de ladrones malhechores etc.

Cuando se afirma que sólo el príncipe podrá donar vender o enajenar los bienes públicos, se incluyen en ellos las vías públicas, y esto implica que una vez

construida una vía por una ciudad ésta pasa a ser patrimonio real y es el príncipe quien decide sobre ella teniendo en cuenta los perjuicios de un tercero.

Las vías públicas deben ser cuidadas y restauradas y su mantenimiento corresponde a todos los vasallos. Si el príncipe dona el territorio con sus pertenencias y vías, los derechos sobre ellos pertenecerían al donatario, aunque el rey puede conceder la exención de los impuestos que son exigidos por los dueños de los lugares (170).

f) Del Puerto

Los puertos son públicos, como los ríos y todos pertenecen al rey.

Cuando el derecho de pontaje, pasaje o mercaje pertenecen al príncipe si éste los dona, aquellos otros a los que el príncipe hizo inmunes a este tributo, disfrutaban de este privilegio, incluso respecto a los impuestos de paso que exijan los señores del lugar, puesto que, no obstante la donación, se considera

reservada al rey la facultad de conceder dicha exención (171).

g) Industrias Extractivas y Bienes Mostrencos

Iniciamos este punto con la caza, la cual en la doctrina de Antúnes, como era de esperar, está permitida y es común a todos. Cualquiera puede cazar en feudo ajeno, sin que el dueño del feudo se lo pueda impedir una vez que ha entrado en él, pero puede prohibirle la entrada. Antúnez sigue en esta idea, entre otros, a Gregorio López (172).

Normalmente si se entra en el feudo sin autorización y se es capturado el cazador está obligado a restituir la fiera al dueño. Las fieras y las aves son comunes, salvo que estén custodiadas o en jaulas. Es potestad del príncipe el prohibir la caza en determinadas épocas del año en especial en los meses que suelen criar los animales, en Portugal: Marzo, Abril y Mayo y siempre que se entienda que hay justa causa el príncipe podrá ejercer este derecho de prohibición.

Concluye Antúnez afirmando que el príncipe, por causas justas de pública utilidad, puede prohibir la caza por un tiempo o a perpetuidad en algunos lugares y esto es una regalía que no puede conceder a otros señores ya que los intereses de éstos serían propios o particulares y nunca comunes o de utilidad pública.

Se plantean dudas en cuanto a la concesión de este derecho, pues (salvo que expresamente se diga en la donación regia a un particular) no se considera concedido por mucho derecho de jurisdicción que se conceda.

Advierte Antúnez que el príncipe debe satisfacer su deseo de cazar de forma parca y sobria, y añade que la caza y la pesca con ánimo de lucro se prohíbe a los clérigos.

El derecho a pescar no es una regalía sino solamente lo son las rentas de la pesca. Según la legislación portuguesa corresponde la décima parte de la pesca al príncipe; y otra décima que pagan los pescadores para quedar excusados del servicio de la guerra en las naves de remos y otras de guerra.

Antúnez añade que sólo al príncipe le corresponde la prohibición sobre pastos, pues aunque exista donación con jurisdicción ésta no incluye los pastos y aunque es

muy dudoso que alguien pueda impedir que el ganado de otro pade en sus tierras.

Atendiendo a la legislación portuguesa Antúnez establece el principio de que todas las salinas que existan en un lugar público pertenecen en su totalidad a las regalías, pero aquellas que han sido construidas en predios privados o existan ya allí son de los particulares aunque en Portugal se cobre un impuesto sobre la sal que se estipula en una proporción del 17 por cualquier medida que use el vendedor. Recuerda Antúnez que en Castilla todas las salinas pertenecían a las regalías (173).

Con mayor amplitud desarrolla Antúnez el tema de las minas. Indica cómo en Portugal, las minas halladas en suelo público se incluyen entre las regalías y corresponden al príncipe. Pero si éstas han sido halladas en un feudo privado entonces pertenecen al dueño del feudo según la opinión más generalizada (174) ya que se entiende que los metales son fruto de la tierra y éstos pertenecen a los dueños de ella, al fisco sólo le corresponde la décima parte. Antúnez siguiendo a Antonio Gómez nos dice que esa porción de metales que se reserva el fisco tiene la naturaleza jurídica de un impuesto de metales (175) cuyo porcentaje normalmente

cambia como lo muestra el uso e imposición de la quinta parte, mientras en Castilla la tercera parte pertenecería al descubridor (176). El que descubre una mina o minerales en feudo ajeno, está obligado en Portugal a pagar una décima al dueño y otra al fisco y si es en lugar público se obliga a pagar la quinta parte al príncipe sin deducción de expensas. El Rey puede donar las minas pero tiene que hacerlo de forma expresa y contundente.

Unido al tema de las minas está el hallazgo del tesoro, y para que exista un tesoro se exigen dos condiciones:

Primero: que no exista memoria del tiempo en que el tesoro fue escondido.

Segundo: que no se conozcan los dueños del tesoro.

Antúnez parte de la idea que el tesoro propiamente dicho se enumera entre los *bona vacantia* que no están bajo el dominio de nadie. Pero advierte que los tesoros no están vacantes porque se consideran bajo el dominio de quien los colocó o de sus herederos, el tesoro no siempre se adquiere por el ocupante del mismo cinco supuestos diversos:

A) Cuando el dueño del feudo se encuentra el tesoro en un lugar propio y privado, ya fortuitamente o buscándolo entonces el tesoro es suyo íntegramente.

B) Si alguien se encuentra un tesoro en tierra ajena, éste se reparte entre el que lo halló y el dueño del feudo por mitad pero siempre que sea de forma fortuita.

C) Si se halla el tesoro en lugar público, todo sería del príncipe o de la ciudad.

D) Si el enfiteuta u otro que tenga el dominio sobre el feudo encuentra el tesoro, éste será íntegramente para él.

E) Si el tesoro es hallado en un lugar sagrado, se divide entre el que lo encuentra y la iglesia sin atribuir nada al fisco.

Al no existir reglamentación expresa sobre tesoros en Portugal se interpreta que los tesoros pertenecen a las regalías solamente en aquellos casos en que todo o la mitad del tesoro pertenece al príncipe, lugares públicos, latifundios reales, etc.

En cuanto a las piedras y gemas preciosas el descubridor está obligado a restituirlo a su dueño, pre-

ganando su localización. Si no aparece deberá entregarlo al príncipe o a los pobres en sufragio del alma del verdadero dueño, pero este requisito según Antúnez no se observa en la práctica y el descubridor puede retener las piedras o gemas con ánimo de restituir las algún día a su verdadero dueño.

La legislación portuguesa se ocupa también de los bienes perdidos, animales, por naufragio, etc. para la primera se establece el sistema de pregón y si transcurrido el plazo de 4 meses sin que aparezca su dueño el rey las adjudicará (177). En cuanto al naufragio se estipula que si transcurridos seis meses desde su separación sin dar señales de vida su dueño se dediquen a la redención de cautivos (178).

Nos manifiesta Antúnez que aunque varios autores mantienen que los molinos son regalías, lo cierto es que el edificar un molino no es un acto de jurisdicción sino de dominio, y la facultad de construir un molino u horno es una libertad natural (179). Pero el príncipe podrá prohibir el que alguien construya molinos u hornos incluso en sus feudos e incluso se puedan utilizar otros molinos u hornos pero pone en duda Antúnez que esa facultad de prohibición pueda ser donada por el príncipe, pues en la práctica el dueño de un lugar no puede



legalmente prohibir a sus vasallos que vayan a otro molino u horno, pero puede que ocurra que si en algún momento el señor hace uso de la prohibición y los vasallos la aceptan, con el tiempo se adquiriría el derecho de prohibición y los vasallos no podrán moler o hornear en otra parte lo que implicaría que este derecho se podría adquirir por costumbre.

No hay duda para Antúnez al incluir entre las regalías las bona vacantia y son según él los bienes del que muere sin herederos (cuestión ya tratada en el capítulo anterior ) y todos aquellos que no tienen dueño conocido (180). Nos interesa aquí aludir sólo al segundo aspecto. Los bienes vacantes pueden ser adquiridos por derecho de ocupación pero la legislación portuguesa distingue entre los vacantes y los perdidos o arrojados etc. y se consideran vacantia los bienes de quienes mueren sin herederos y sin descendencia o ascendencia y el príncipe tiene derecho sobre ellos y también sobre aquellos que no han sido adquiridos todavía o no tienen dueño cierto como vimos en el capítulo anterior, incluyendo las tierras sin cultivar que existen fuera de los límites del territorio (181).

#### II.2.6. RELACIONES INDIVIDUALIZADAS ENTRE EL REY Y LOS SÚBDITOS

Agrupamos bajo esta rúbrica las opiniones de Antúnez sobre la protección que puede otorgar en ciertos casos a súbditos concretos; el perdón regio y la iniciativa real para incoar y revisar procedimientos judiciales. Se trata en nuestra opinión de una dimensión de las facultades regias que coincide con las anteriormente consideradas en cuanto que se proyecta sobre sus súbditos, pero se diferencia por establecer, no una relación generalizada entre el monarca y el conjunto de sus súbditos, por el hecho de serlo, sino particularizada entre el príncipe y ciertos súbditos considerados individualmente en una relación jurídica que esos súbditos no comparten con los demás de forma automática ni generalizada, sino a lo sumo formando parte de ciertos grupos que previamente han violado el derecho.

a) Protección de los Súbditos

Mediante la concesión de "Cartas tuitivas", considera Antúnez que es propio de los reyes proteger a los súbditos de las violencias (este remedio de la "carta tuitiva" se llama "interdicto" entre los castellanos y entre otros pueblos) para que vivan en tranquilidad. Es indudable que solamente al rey, y a su suprema autoridad, pertenece esta salvaguardia de la "Carta tuitiva", ya que corresponde a las regalías mayores y le está reservada en señal de la suprema potestad. Coincide Antúnez en este punto con las doctrinas de Pereyra, Oliva y otros autores (182). De sus argumentos se deduce que para él no puede el príncipe conceder este derecho que implica una intransmisible superioridad y tampoco se entiende donado en las donaciones, aunque se hagan con palabras generales, incluyendo el mero y mixto imperio. Aunque ateniéndose al derecho común, las manutenciones y las defensas corresponden a los defensores de la ciudad y a los rectores de las provincias y por esta razón parecía lógico deducir que este derecho que nos ocupa correspondería al donatario que recibe el imperio mero y mixto, es más verosímil entender que solamente corres-

ponde al príncipe que no reconoce superior y que nunca se entiende concedido, sino que permanece reservado en las donaciones que pueda otorgar.

Consiste técnicamente la "Carta" en la aplicación por el rey de un mandato de conservación del estado de las cosas, que ordinariamente se provee mediante providencia, pronunciación o carta del juez en cuyo texto se ordena que alguien sea mantenido y conservado en su posesión y en ella sea defendido; prohibiéndose a los demás que molesten en cuanto poseedor de esa precisa posesión. El efecto y la fuerza de la "Carta tuitiva" consisten en conservar aquella posesión o estado de cosas que existían en el momento de ser concedida la "Carta" lo que permite que en Derecho no prospere el expolio practicado por el enemigo del beneficiario después de haberla conseguido.

Entre la "Carta tuitiva" y el mandato de *status quo* existe una diferencia básica; el mandato se obtiene por oficio del juez y éste es quien lo expide; la "Carta tuitiva" la concede el rey y es expedida por él y se concede por mera gracia del príncipe.

En los demás rasgos coinciden ambos actos y textos puesto que así como la "Carta tuitiva" se concede al poseedor por temor de querrela y antes de ser movida

esta, es más, por razón de la molestia futura; del mismo modo el mandato de *status quo* se refiere no tanto a una molestia presente como a una futura. Y además, lo mismo que el mandato sumario de *status quo*, que por algunos es considerado como parte del juicio, no contiene otra cosa que el mantenimiento, conservación y defensa de la posesión, mientras no se llegase a un conocimiento más pleno de petitorio o del posesorio plenario, del mismo modo la "Carta tuitiva", solamente tiene en cuenta la conservación de la posesión o del estado en el cual se encontraba el poseedor, para que no sea turbado antes de oírse en un juicio competente, ya sea petitorio, ya sea posesorio plenario. En la "Carta tuitiva" no se trata de la justicia o injusticia de la posesión; sino que el rey por la vía de la protección sale al paso de la violencia que puede ser causada, hasta que llegue al conocimiento del fondo de la cuestión en un juicio adecuado. Y así como el mandato de mantenimiento es preparatorio del indicado juicio petitorio o del posesorio plenario, del mismo modo, la "Carta tuitiva" es también preparatoria del juicio. En este remedio no se trata de saber quién debe poseer mientras está pendiente el pleito, sino quién está en posesión, ya que es obvio que una cosa es poseer y otra estar en posesión.

Por último destina también Antúnez espacio más breve al análisis de la *charta tuitiva appellantium*, pero limitándose al uso legal en su propio reino (183) y prescindiendo de los estudios doctrinales y comparativos que habitualmente usa, lo que hace de mucho menor interés su aportación.

b) Perdón Real

Este tema se plantea en la concepción de Antúnez desde la concepción básica de que la potestad y el derecho de perdonar delitos y remitir las penas de los delincuentes, es una regalía mayor perteneciente a la suprema majestad del rey, que sólo puede ser ejercida por él, y así permanece inherente a los "huesos de la Corona", es decir al cuerpo político del rey, y de tal manera que la donación a un inferior no se puede otorgar de ninguna manera. Solamente el príncipe, en cuanto puede dar y abrogar las leyes, puede hacer válida la remisión de los delitos, no los magnates inferiores (184).

Deduce Antúnez de la historia de los reinos peninsulares que jamás se concedió este derecho, ni en

Portugal ni en Castilla, a nadie de rango inferior al regio. Es cierto que alguna vez se concedió la posibilidad de aplicar indulgencia en algunos delitos a ciertos oficiales regios, pero no les fue concedida plena facultad resolutoria, únicamente la potestad de examinar unos hechos concretos, para ver si era o no procedente el perdón, pero siempre era el rey quien decidía en última instancia sobre el asesoramiento recibido. Respecto de los efectos, si el rey remite la pena de los delitos, el reo queda liberado de cualquier clase de ella. La indulgencia viene a ser a modo de sentencia absolutoria y puesto que el absuelto por sentencia no se le puede inquirir más por el crimen que se le imputaba, lo mismo sucede con aquél a quien fue concedido el perdón o venia del delito por el príncipe, ya que se tiene por absoluta. Y lo es en cuanto que esa indulgencia extingue el delito, no sólo suspende el juicio, sino que actúa de tal manera que en modo alguno pasado el tiempo la acusación puede ser establecida de nuevo.

La indulgencia de los delitos puede tener lugar de dos maneras. Cuando el príncipe, de forma general, en bien de la paz, o por un indulto remite la pena a delinquentes capturados, acusados y condenados; o de una particular venia o gracia (185).

El indulto general suele concederlo el príncipe sin que nadie se lo pida. En este caso se llama absolución pública, no de la acusación que pueda formularse a uno, sino a todos los que estén en el mismo supuesto. Y esto puede hacerlo por una causa concreta, o en un día insigne, en el cual se celebra la memoria de algún hecho, o para conseguir la alegría general, por haber llevado a cabo prósperamente alguna hazaña o por haber logrado una victoria.

Aunque el príncipe no debe usar la potestad de perdonar los delitos sin causa, sin embargo, algunos piensan que es una causa justa y suficiente la voluntad del príncipe. Es cierto que siempre es causa justa el remedio de las miserias de los encarcelados a través de un indulto general de las penas de los delincuentes por motivos de una alegría pública. Pero, interesa mucho a la república el que los delitos no queden impunes, y cuanto más atroces sean los delitos, con mayores penas deben ser castigados; ya que por la inmunidad de los mayores delitos provienen los escándalos, y cuando se perdonan se turban la alegría y el goze público. En los delitos gravísimos conviene que prevalezca el rigor y la severidad, más que la benignidad y la clemencia. Los reyes deben ser moderados en cuanto a la alegría y a la



natural clemencia que celebran o aplican para perdonar los delitos mediante indultos generales. Es decir, que de la alegría de la majestad humana y divina viene el perdón a los reos, falsificadores de monedas, asesinos resistentes a los magistrados, violadores de sepulcros, reos de crimen nefando, sacrílegos, blasfemos, envenenadores, maléficos de diversas clases, falsarios, homicidas, y otros. Estos malhechores, en su mayor parte, son los generalmente indultados con fórmulas como las del Código Teodosiano, en el que se regula esta abolición general de penas, pero muchos otros delitos se exceptúan individualizadamente.

Sobre las condiciones precisas para el indulto general, exige Antúnez que se obtenga también el perdón de las partes ofendidas lo cual estima necesario igualmente en la remisión particular del delito. Este perdón o remisión de la parte ofendida se necesita según Antúnez no sólo desde que el ofendido inició el juicio contra el acusado, sino desde que se incoó querrela sobre el delito ante el juez, y tanto si se desistió, como si se siguió la acusación; porque caso de desistimiento (por el "promotor de la justicia", en el reino portugués, por el fiscal, en otras partes) se mantiene la acusación, para que siendo necesario el perdón del delito tenga sentido la indulgencia del príncipe. Lo

cual es coherente con estas ideas no distinguir entre los conceptos de querella y de acusación y siendo así es suficiente que el ofendido no desista de la querella, para que se considere acusador. Por consiguiente, en el delito cuyo proceso ha sido incoado y el ofendido ha presentado la querella, señalando el nombre del delincuente como presunto reo, no se puede indultar sin la remisión o perdón de la parte ofendida. Este caso no puede incluirse en el indulto general por el cual solamente se perdonan los crímenes en los que no existe parte ofendida o interviene la remisión de la parte. Antúnez señala en este punto la coincidencia entre los criterios de Larrea y de la legislación portuguesa (186).

No se requiere en cambio perdón o remisión del delator, pues éste denunció el crimen y estableció la acusación, como cualquier persona del pueblo que puede denunciar un delito público. Si el delator no fuese enemigo del denunciado exige la legislación portuguesa que el promotor prosiga la causa, pues interesa a la república, que los delitos no permanezcan impunes. No se contempla por tanto que el acusador prosiga la causa movido por interés propio, sino que únicamente se le oye en cuanto se considera que realiza una acción pública. Por consiguiente, ninguna reclamación particularizada

puede ser tenida en cuenta en tal proceso que entonces no sería tal acción pública, sino querella contra la injuria que se estima recibida por la parte ofendida o interesada. Tampoco, por tanto, deberá ser considerada la denuncia o acusación de aquél que no tanto persigue una injuria contra él o los suyos como busca impedir que se aplique la gracia del perdón, matiz en el que también Antúnez sigue a Larrea, aunque matizando que la opinión de Larrea es válida en cuanto a la gracia ejercida por el rey respecto de la pena, no en cuanto al mismo delator se le quite el derecho a proseguir la acusación en favor de la parte para obtener la aplicación de la pena pecuniaria que, por razón del delito, es atribuida por las leyes en beneficio del acusador, o delator, y que aplica como indemnización o compensación de los quebrantos económicos o expensas sufridas a ese aspecto por este motivo. En cuanto a esas expensas entiende Antúnez que no afecta el perdón regio pecuniario de la pena, que de ningún modo desaparece por la indulgencia del príncipe.

Además de esta visión general estudia en otras partes de su obra Antúnez algunos casos particulares, como son los delitos ya sentenciados; los delitos futuros y el perdón a los menores, temas que entendemos

oportuno traer a examen inmediatamente para cerrar sistemáticamente este tema.

Respecto de la primera cuestión, la de si en el indulto general se comprende también los delitos sobre los cuales se dictó sentencia, los cuales pasaron ya a ser cosa juzgada, considera Antúnez que no hay duda de que el príncipe puede remitir las penas de los delitos tanto antes como después de ser dada la sentencia en juicio, ya que a su modo de ver ésta es la opinión más acorde y común, de los especialistas, si bien pondera que, si este caso ocurre, la redacción del indulto debe ser muy bien meditada.

Respecto de la segunda hace notar que la indulgencia general del príncipe no se extiende a los delitos futuros; incluso si alguna vez fuese concedida respecto a ellos sería nula, y recoge opiniones en este sentido de Baldo, Antonio Gómez, etc. La indulgencia de los delitos futuros lesiona la utilidad pública, y daría ocasión para delinquir. Además, no solamente remitiría la pena, sino también la culpa, lo cual es absurdo y no lo puede hacer el príncipe, aunque pueda muy bien perdonar el delito ya perpetrado. Así pues, la remisión de la pena se entiende de los delitos pasados, no de los futuros.

Finalmente queda la cuestión del perdón regio otorgado a los menores, respecto de la cual sostiene Antúnez que la potestad para ello está inherente a la Corona de tal manera, que no puede ser separada de ella porque pertenece a las materias que se reservan al rey en símbolo del reconocimiento a su suprema potestad, según parecer que Antúnez extrae principalmente de Bartolo y Castro, a cuyas tesis añade que, por la grandeza y el dominio que supone tal posibilidad, no puede ser concedida por los que están dotados de cualquier jurisdicción, y debe ser reservada solamente al príncipe.

Llevado de su afán de cerrar todos los casos con la referencia a la vida jurídica práctica, se plantea los temas de menor edad y pubertad que señala comienza en el varón a los catorce años. Sus frases siguientes se centran en el tema pero solo a la luz de la legislación de su reino, concluyendo con afirmar que, si se prueba que fue perjudicado, el menor que obtuvo la dispensa de la edad, puede ser restituido en contra de la concesión de la misma, también a estos efectos de perdón.

c) Instauración y revisión regias de causas procesales

Se contempla aquí si el monarca puede reactivar judicialmente o reiniciar algún proceso entre partes de los que enfrenten a algún o algunos de sus súbditos y si una vez sentenciada o caducada una causa tiene facultades para volver a plantearla. Esa facultad es denominada "instauración y revisión de la causa" por nuestro autor, y tal denominación abarca indistintamente todas las modalidades citadas.

No es dudoso para Antúnez que entre las regalías mayores se enumera el derecho y potestad de "instaurar" causas procesales y se trata de facultad reservada exclusivamente al príncipe y denegada a los inferiores: cuestión respecto de la cual vuelve Antúnez a repetir que no puede ser concedida esta potestad por el príncipe, porque está, según la imagen queya ha usado otras veces para referirse al cuerpo político del rey, "como inherente a los huesos de la Corona". Recuerda además que la legislación portuguesa establece expresamente que esta potestad no puede ser donada por el rey, y añade que la posibilidad de esta instauración de causas es considerada por algunos autores como el aliento del espíritu de la vida de la potestad real.

Ahora bien, como la instauración de una causa por decisión regia puede incidir en el desarrollo de un procedimiento judicial concluido, prescrito o sentenciado, Antúnez estima preciso estudiar de que formas se puede producir la inserción de ese factor en el conjunto de situaciones sucesivas que forman el proceso, según el momento en el que aparezca. Con una preocupación por el uso correcto del vocabulario jurídico que acredita su buena formación técnica, nuestro autor comienza por advertir de la posible contaminación que se introduce si se omite usar adecuadamente las voces "instancia", "causa" y "querella". El esquema que las relaciona es el siguiente:

INSTANCIA (llamada también querella, en sentido impropio) es el conjunto de actos que integran el proceso desde la contestación a la iniciación, hasta la sentencia.

QUERELLA (en sentido propio) es la suma de todas las actuaciones procesales (desde la iniciación hasta la sentencia) y del Derecho material alegable en el caso, Derecho material que en la exposición de Antúnez es llamado CAUSA. Este sentido totalizante es para nuestro autor la esencia de las palabras

"acción" y "litis" que en su exposición son pues sinónimos de "querella" en sentido propio.

Cabe advertir sin embargo que en su lenguaje se percibe cierta imprecisión que rompe el rigor que trata de establecer, pues además de los dos sentidos propio e impropio en que señala se usa la voz "querella" él mismo introduce *de facto* y sin explicación alguna, otro tercer significado en algún momento de su discurso, usando "querella" en el sentido estricto de referirse a la actuación inicial de la parte que acusa judicialmente a otra, de la comisión de algún delito, de forma que en realidad "querella" tiene en Antúnez de Portugal tres significados distintos. A saber:

- acto de iniciación de la parte ofendida (nosotros la llamaremos aquí "querella estricta").
- conjunto de actos procesales desde la contestación a esa iniciación hasta la



sentencia (querella impropia o instancia).

- suma del Derecho procesal y material aplicables al caso (querella propiamente dicha).

Este planteamiento se puede resumir en el siguiente esquema:

	DERECHO PROCESAL + DERECHO MATERIAL	QUERELLA (propiamente dicho) o ACCION, o LITIS.
QUERELLA (estricta)	Acto de iniciación del ofendido.	
INSTANCIA O QUERELLA (impropia-mente dicha)	Contestación a la iniciación. Actuaciones sucesivas, hasta la sentencia.	

Hay que hacer notar además que cuando la instancia está pendiente no se considera extinguida la causa.

Debe distinguirse entre el Derecho canónico y el civil pues por éste la instancia caduca al terminar el tercer año si no ha sido emitida sentencia; de tal manera que el juez, una vez pasado el trienio, ya no puede proceder y si la sentencia se da una vez caducada la instancia es nula por el mismo derecho. En cambio por derecho canónico las instancias son perpetuas.

Teniendo en cuenta estas premisas generales del proceso si caduca la instancia durante un lapso de tiempo, se puede pretender instaurar de varias maneras: Primero, por la restitución del procedimiento en su integridad caso que veremos después. Segundo, por consenso de las partes, si éstas se ponen de acuerdo para , verificadas las actuaciones pendientes, terminar la instancia llegando a la sentencia. Tercero, cuando el actor, después de caducar la instancia, quiere iniciarla de nuevo, cuando se instaura la instancia por intervención de la gracia del príncipe, es aquella instauración, hecha gracia del príncipe a la que se aludió como primera posibilidad y se designa por los juristas como "aliento del espíritu de la vida", tal como se dijo al principio.

Señala nuestro autor que ni en Portugal ni en Castilla ha sido aceptada esta posibilidad. En ambos reinos la instancia es perpetua por costumbre y por la práctica, tomando la disposición del derecho canónico. Este "aliento del espíritu de la vida", como se denomina a la gracia del príncipe, no es necesario en los citados reinos, porque se permite por el Derecho Real proseguir la instancia, aunque respecto a la querella estricta las partes hayan guardado silencio por un semestre. Si bien entonces se extingue el efecto de la primera citación, nada más se requiere para restaurar la instancia y proseguir la querella propiamente dicha, que una nueva citación a la parte, como si se hiciera resucitar la primer actuación. La instancia o querella impropia suspendida durante seis meses por el silencio, revive con la nueva citación, sin necesidad de otra gracia del príncipe, ni del "aliento del espíritu de la vida" al que Antúnez, de acuerdo con algún otro autor denomina ridícula, pueril y vana ceremonia.

Este derecho real de instaurar las causas no procede a aquella instancia o querella impropia que sea de suyo perpetua, sino solamente en aquellos casos en los que el condenado omitió la apelación a la sentencia, o no interpuso recurso; o cuando apeló y la apelación no fue seguida. En estos casos el príncipe en

Portugal suele conceder un rescripto real, para que la parte pueda apelar, o seguir la apelación o el recurso y esta gracia suele concederse, por ritual, también en Castilla, una vez citada la parte, y oída en el plazo de tres días. Dicho rescripto también se suele conceder para que sea válida la apelación de la sentencia que había establecido ya el asunto como cosa juzgada. Se debe advertir que cuando se concede tal gracia, la apelación debe ser interpuesta dentro de los diez días, computados a partir del día en que el rescripto pasó por la Cancillería.

En la práctica portuguesa respecto a la instancia o querella impropia que fue convocada no necesita una nueva citación durante el primer trimestre ya que la hecha no se considera caducada. Así, aunque la esposa deba ser citada cuando se sigue una instancia contra su marido sobre bienes inmuebles, sin embargo, si al principio, con la querella estricta la esposa fue citada y después el proceso se suspendió durante seis meses; entonces, si la parte quisiera proseguir la instancia estaría obligada a citar solamente al marido, no a la esposa. Tampoco será necesaria una nueva citación por el espacio de un año si el proceso fue concluido ante el juez, aunque en otro tiempo se decidiera lo contrario.

Por último Antónex concluye su análisis señalando que el derecho de conceder revisión de instancias pertenece también a las supremas regalias y sólo puede ser otorgado por el monarca, junto con el de instaurar causas que ya hemos analizado (187).

### CAPITULO TERCERO

#### EL DERECHO INTERNACIONAL EN ANTUNEZ DE PORTUGAL

### III.1. MARE CLAUSORUM, MARE LIBERUM

Primero en 1924 y después en 1937, el ilustre historiador portugués del Derecho Paulo Marea, se ocupaba de los jurisconsultos portugueses y la doctrina del *mare clausum*. Tuvo entonces ocasión de señalar cómo Antúnez recogía y hacía suyas "con grande copia de erudição" las tesis de Benito Gil y de Serafin Freitas, añadiendo que la obra más amplia de Selden, *Mare clausum*, la más célebre de las suyas era "citada en cada momento" por Domingo Antúnez, en el examen de la cuestión contenida en el capítulo VIII del libro tercero del *De Donationibus*. Es por tanto cierto para Marea que Antúnez se inscribe en el grupo de los partidarios de limitar la navegación frente a la teoría grociana de la libertad (187 bis).

En realidad Antúnez se ocupa de la cuestión en dos puntos de su obra. La primera al tocar, siguiendo a

Gregorio Lopez (lo que implica seguir a Vitoria [1581]) la cuestión de la incorporación de las islas descubiertas en las navegaciones exploratorias o de descubrimiento. cuestión esta en la que Merea no hace ninguna alusión. La segunda propiamente cuando se ocupa de estudiar las *res communes Omnium*, estudia la navegación.

En lo referente a la primera cuestión (las islas) Antúnez mantiene el principio de que si se halla una isla en el mar, ésta pertenece al príncipe en cuyo territorio haya sido descubierta y no pone en duda que todas las islas del mar que pertenecen a un príncipe están bajo su jurisdicción y constituyen una regalía propia del monarca.

También nos advierte Antúnez que la legislación portuguesa sólo incluye entre las regalías la isla de mar y no las del río, ya que éstas pertenecerán a los predios que están junto a la ribera.

Al tratar las *Res communes omnium* Antúnez nos recuerda las ideas generales relativas a que en un principio todas las cosas fueron creadas por la misma naturaleza para utilidad y conservación del género humano y consta que en ese momento eran comunes, sin que estuvieran bajo el dominio de nadie. Pero una vez que la naturaleza humana fue manchada con el pecado original



y el género humano se propagó hasta tal extremo que todos no podían vivir en comunidad, la razón natural exigía (es más, la misma necesidad obligaba) a que el dominio de las cosas se separara, tanto para evitar las discordias (que la vida en común suele producir, incluso entre hermanos) como para que cada uno buscara con diligencia su forma de vivir y alimentarse tanto él como los suyos. Sobre todo, porque no suele apreciarse lo que se posee en común.

Para evitar las confusiones, se distinguieron los dominios de las cosas según el Derecho de gentes. No obstante, algunas cosas no fueron ocupadas por nadie para que su uso revirtiera en utilidad general, permaneciendo común a todos. Así permanecieron comunes el aire, el mar y sus litorales.

Estas cosas "comunes" también se llamaron "públicas", en cuanto que la palabra público se toma en su significación más general. Y esa es la razón por la que las cosas humanas se distinguen entre "públicas" y "privadas"; siendo "públicas" aquellas que por derecho natural son comunes a todos, no teniéndose por bienes de nadie. Por analogía también pueden considerarse públicas por Derecho "civil" o por derecho de gentes las que pertenecen a la comunidad o al pueblo.

En cuanto al mar Antúnez mantiene la idea de que pertenece al territorio de la "ciudad", es decir del Estado, que está más cerca de él y por tanto el príncipe tiene jurisdicción en ese mar para castigar los delitos que allí se cometen y argumenta en apoyo de su tesis, con varios razonamientos.

En primer lugar, entiende que, incluso después de que fueron repartidos los dominios y el Derecho de gentes reservó el uso de las cosas comunes para utilidad de todos, (de tal manera que el dominio de estas cosas no pertenecía a nadie, para que así se conservara mejor el género humano, siendo esta razón deducida de los principios del Derecho natural) esa misma razón natural en la que se apoya el derecho de gentes exige que, después de crecer la agresividad de las gentes con la aparición de Estados litigantes, el príncipe pueda adquirir tal derecho en el mar y en sus litorales que se los pueda prohibir a otros, para que no sea invadido, expoliado u ofendido por ellos. Basado en estas razones, todo príncipe puede sostener que este derecho le corresponde tanto por una razón natural como por el Derecho de gentes, que reconoce y protege esa razón.

Un segundo argumento reside en el hecho reconocido de que el príncipe puede promulgar leyes mediante las

cuales prohiba el comercio con ciertas naciones y sobre algunas cosas; y en esta prohibición del comercio se incluye también la de la navegación y la del uso del litoral. Tal ley sería ciertamente válida y así fue además costumbre común entre los antiguos. Luego el príncipe puede prohibir el comercio por una determinada causa a algunos.

En tercer lugar, el mar y los litorales son del Emperador o de otro príncipe en cuanto a la protección y a la jurisdicción, como muy bien trata Baldo, entre otros. Por eso el príncipe puede exigir con justicia gabelas e imponer impuestos, exigir mercancías a los que circundan el mar, al menos dentro de las cien millas. Baldo asegura que este derecho se usa en todo el mundo, afirmando que los peajes se pagan tanto en el mar como en la tierra. Luego si el mar y los litorales son del príncipe, ciertamente podrá prohibir la navegación a otros.

En cuarto lugar, se advierte esa jurisdicción en el ejercicio del derecho de pesca y de caza, que es común a todos por Derecho de gentes, y puede sin embargo ser limitado por el príncipe quien lo puede prohibir o restringir por una causa justa, como ocurre cuando el príncipe ejercita el derecho de prohibir la pesca de

ciertos peces, a los que se llama "reales", como son la ballena y otros.

A continuación Antúnez critica la idea del *mare liberum* de Grocio y cita continuamente (realmente resume) a Selden (como ya advertíamos al inicio del presente capítulo) en los siguientes términos (189).

Selden se enfrenta con el autor de la tesis del Mar Libre, Hugo Grocio, escribiendo una refutación en favor del *mare clausum* donde, en su segunda parte, sostiene que el Océano Atlántico pertenece a los ingleses con prohibición para otras naciones. De este modo responde no sólo a los argumentos de Hugo Grocio sino que favorece el derecho que reclamaban los reyes lusitanos en el mar Indico, para prohibir a otras naciones su uso. La argumentación pro-lusitana de Antúnez se resume en los siguientes puntos.

Primero. El Océano no fue navegable antes de la navegación de los lusitanos, ni los pueblos indios fueron conocidos por nuestros europeos. Aunque los geógrafos, poetas e historiadores hubiesen dividido el zonas, la llamada "Media Tórrida" fue considerada inaccesible para los antiguos, pues se negaba el tránsito del Artico al Antártico, según Virgilio, Ovidio, Pedio, Ptolomeo y otros. Por eso el infante

Enrique el Navegante (hijo de Juan I de Portugal y patrono de Alfonso V) comenzó a dirigir la navegación hacia las playas orientales, argumentando además que con ello ofrecía a Dios un máximo obsequio. Así, con su trabajo y esfuerzo, el mar se hizo navegable hasta las Indias. Como quiera que fuese necesario enviar tropas para llevar a cabo dicha navegación, Vasco de Gama, con el ejército entregado por el rey Manuel I, llevó a cabo la navegación y penetró en otro orbe.

En segundo lugar, hay que considerar que, en otro tiempo, nadie dudó jamás de que la posesión del mar Indico pertenecía a los lusitanos con derecho a imponer prohibición para otras naciones. Luego hay que confesar que en algún momento a los lusitanos se les reconocía aquel derecho de navegación, con facultades de prohibición respecto a otras naciones.

El tercer y principal punto radica en la cuestión de la prescripción como causa adquisitiva del derecho que Antúnez quiere atribuir a su patria, usando para ello de los argumentos que Selden esgrime contra Grocio. Este debate y la aplicación *pro domo sua* que realiza Antúnez constituye el núcleo de su reflexión en este punto, como veremos a continuación.

Según Derecho de gentes, las cosas comunes a todos

pueden prescribir. Lo cual puede suceder con el uso del mar y del río público , tanto para navegar como para pescar, con derecho de prohibir a otros de aquel derecho, según lo ejemplifican comúnmente los doctores, todos los cuales enseñan que los Vénetos son dueños del mar Adriático, con la prohibición respecto a otras naciones, por la posesión inmemorial y por la costumbre. Así Antúnez alega como ejemplo básico que Selden dedica todo un capítulo a confirmar que los vénetos adquirieron por prescripción el mar Adriático, y por analogía entiende justo que los lusitanos consiguieran la posesión del mar Índico por prescripción y costumbre, con la posibilidad de ejercer prohibición de su uso con respecto a otras naciones. Añade que, basados en este derecho lo usaron sin contradicción y con conocimiento de todos los príncipes de Europa y las naciones en las que había conocimiento de este hecho, con excepción de los "bátavos", quienes, después de haberse cumplido la prescripción, ciertamente de forma injusta y con mala fe, se atrevieron a navegar por las regiones índicas incluso después de que el dominio fuera repartido entre los reyes españoles, que entonces unían a su Monarquía el reino de Portugal, y a cuyo favor estima Antúnez que Hugo Grocio escribió su alegato jurídico en favor del libro sobre el mar libre. Ciertamente, sin embargo,

para nuestro autor el dominio del mar Indico había prescrito ya a favor de los lusitanos, y recuerda cómo Juan Selden sostiene que entre Sebastián, rey de Portugal, e Isabel, reina de Inglaterra, surgió una discrepancia sobre si los lusitanos habían adquirido el dominio de esta navegación y esa cuestión se resolvió a favor de los lusitanos.

Antúnez se cuida mucho de probar las inspiraciones y vinculaciones de Grocio con la doctrina española, y así afirma que contra esta prescripción inmemorial y legítima surge el libro de Grocio sobre el mar libre, cuyo fundamento principal reside en la autoridad de Fernando Vázquez de Mencheca, de quien extrae el siguiente texto (190): "De lo anterior aparece qué sospechosa es la sentencia de los que creen que los venetos y los genoveses pueden impedir sin injuria a otros navegar por el golfo o utilizar las playas de sus mares, como si hubieran prescrito en otro tiempo, esto que no solamente va en contra de las leyes cesáreas, sino contra el mismo derecho natural o contra el derecho de gentes primitivo que, como dijimos no se puede cambiar. Contra ese derecho consta: que no solamente los mares eran comunes en virtud de ese derecho, sino todas las demás cosas inmuebles. Y aunque de ese derecho después se prescindió en parte, como respecto al

dominio y propiedad de las tierras que en un principio era Común por derecho natural y que después se separó y dividió, con lo que fue separado de la comunidad, sin embargo, algo muy distinto sucedió con el dominio del mar, que desde el origen del mundo hasta nuestros días permaneció común y no cambiado en ninguna de sus partes, como es notorio. Y, aunque entre los lusitanos oí con frecuencia que una gran mayoría se mantenía en esa opinión, con el fin de que su rey prescribiera la navegación occidental y de su inmensa mar, de tal manera que al resto de las gentes les estuviera prohibido cruzar dichas aguas, incluso entre los mismos hispanos el vulgo parece mantener casi la misma opinión, con el fin de que por el inmenso mar que lleva a las Indias, que están sometidas a los potentísimos reyes hispanos, no tengan otros ese derecho (como si ese derecho hubiera prescrito para ellos). Sin embargo, las opiniones de todos estos no son correctas, como tampoco lo son las de aquellos que suelen echar a los genoveses y vénetos en el mismo sueño. Estas sentencias aparecen ridículas y se aclaran por el hecho de que cada una de estas naciones no pueden prescribir contra sí mismas; esto es, la república de los venecianos no puede prescribir contra sí misma, ni la república de Génova contra sí misma, ni el reino de los españoles contra sí mismo, ni el reino de los



lusitanos contra si mismo. Debe existir una diferencia entre el agente y el paciente. Contra las demás naciones mucho menos pueden prescribir: porque el derecho de prescripción es meramente civil. Luego tal derecho cesa cuando el asunto se ventila entre los principes o entre los pueblos que no reconocen superior en los asuntos temporales, pues los derechos civiles de cualquier región, respecto a los pueblos extranjeros y a los individuos concretos, no deben ser tenidos en mayor consideración que si realmente no fueran tales derechos, o como si nunca hubiesen existido, debiendo de recurrirse al derecho común primario o secundario para usar de él; consta que amparados en ese derecho nunca estuvo admitida la prescripción y la usurpación del mar"

No sin cierto gracejo, comenta Antúnez que Grocio adorna ampliamente esta opinión de Menchaca, pero el árbol cae cuando se corta la raíz. Así, entiende que con la "reconocidísima autoridad" de Vázquez Menchaca se derrumban los fundamentos esgrimidos por Grocio. Ciertamente Antúnez admite que Mencheca consiguió demostrar, "con la inmensa gracia de su ingenio", cómo lo que carece de fundamento se derrumba por si mismo.

Para Antúnez Mencheca se apoyaba en razones manifiestamente falsas y que no atañían a la cuestión.

Ahora bien, no hace otra cosa que traducir a Selden cuando éste alega que, frente a quienes sostienen que el mar desde el origen del mundo y hasta nuestros días, es, y fue siempre, común, sin que haya variado en algunas de sus partes. Ciertamente tal idea no es muy clara para aquellos que han sondeado las costumbres recibidas de las gentes a través de los siglos y sus derechos, fuentes que sostienen lo contrario. Esto es, los mares en algún tiempo pasaron, en virtud de un derecho reconocido, al dominio y patrimonio, tanto del príncipe como de los privados.

Y también considera falso Antúnez que cese mutuamente entre los extranjeros, con el alegato de que nunca fue considerada de Derecho de gentes, sino de Derecho civil solamente, en forma que no podría darse la prescripción entre dos príncipes supremos, al no estar sometidos uno al Derecho civil del otro. De nuevo es aquí Selden el apoyo de Antúnez: "No se puede pensar en algo más absurdo. Casi todas las cosas en las que ha intervenido el Derecho de gentes han sido conseguidas por prescripción o por una costumbre inveterada que con el consenso continuo de los usuarios han adquirido estabilidad. Por este medio los príncipes han conseguido el derecho sobre sus reinos y los mantienen, no solamente por las armas, sino también por la prescripción, cuando

desde un principio los reinos no se obtuvieron por el justo título; luego la prescripción procede en contra del derecho de gentes".

Para sostener aun más su teoría nos recuerda Antúñez que ha de tenerse en cuenta que Grocio, que dijo que el mar no podía caer bajo el dominio de nadie, y posteriormente escribió: "Así, las tierras, los ríos, y si alguna parte del mar pasó a ser propiedad de alguien, debe constarle a aquél que intenta cruzarlo". Luego reconoce que el mar puede pasar a ser propiedad. Después trata de la propiedad de los ríos y escribe: A modo de ejemplo, dice, parece que el mar pudo ser ocupado por aquél que posee las tierras a ambos lados, aunque como quedó ya claro, deba tratarse de un lago o de un estrecho: siempre que la parte del mar no sea de tal magnitud, que su proporción no sea equiparable a la de la tierra. Y lo que es lícito a un pueblo o a un rey, lo mismo parece ser lícito para dos o para tres, si de forma paritaria quisieran ocupar el mar incluido entre sus lugares. Lo mismo que los ríos que riegan dos pueblos y por ambos han sido ocupados, después pueden ser divididos, del mismo modo reconoce que el mar puede hacerse propio y ser ocupado.

Concluye Antúñez que las regiones de las Indias y

el mar que conduce hacia ellas fueron concedidas por los sumos pontífices a los reyes de Portugal (191) siendo ellos verdaderos dueños y pudiendo prohibir a otro la navegación y nos indica que los reyes y principes supremos se han apropiado del derecho de gentes y reivindican el dominio del mar, así, los reyes lusitanos y castellanos se atribuyen el dominio del mar Océano, los reyes ingleses el golfo británico, Dinamarca el Báltico y los venecianos retienen el dominio del mar Adriático, haciendo propio lo que durante mucho tiempo había estado en común.

### III.2. LA TEORIA DE LA GUERRA JUSTA

En una materia como ésta, que ya en su tiempo, estaba sumamente desarrollada (192) Antúnez se nos present como un buen resumidor de la especulación realizada hasta el momento en que escribe.

Nuestro autor parte del principio de que para considerar justa una guerra se requiere entre otras cosas la autorización de algún príncipe que no reconozca superior (193), quien debe sólo declarar guerras consideradas justas, pues las injustas no están permitidas ni por el derecho divino ni por el de gentes ni por el canónico.

Su concepto de guerra justa es en realidad una selección de las citas más clásicas al respecto y recoge el texto de San Agustín "Iusta autem bella diffiniri solent quae ulciscuntur iniurias, si qua gens. vel

civitas, quae bello pretenda est, vel indicare neglexerit, quod a suis improbe factum est, vel reddere, quod per iniurias ablatum est" (194) etc.

Así pues para Domingo Antúnez, es guerra justa la que se hace para defender la patria, la propia ciudad, la tenencia de las cosas propias, para castigar a los súbditos rebeldes, y sobre todo contra los infieles agresivos contra los cristianos como es el caso de los turcos, perpetuos enemigos de la fe ortodoxa. ("vel quod suscipitur pro defensione patrie, propriaque civitate, aut pro defensione rerum, aut contra subditos rebelles. Et maxime contra Turcas infideles perpetuos hostes fidei orthodoxae").

La inclusión de la defensa de la patria y de la propia ciudad es en cierto modo una justificación de la guerra civil cuando se dé el segundo supuesto, pues si la propia ciudad es atacada desde fuera del territorio, por invasores, estaríamos a presencia de la primera posibilidad (defensa de la patria) y la segunda (defender la propia ciudad) sólo existiría como causa específica, en caso de que el ataque viniese de dentro, es decir en el supuesto de la guerra civil.

Se concibe también guerra justa (195) 'la que se hace para vengar una injuria que se nos ha hecho a

nosotros o a los nuestros; por ejemplo si agredieron a nuestros legados, los violaron o los trataron ofensivamente. Por esta causa David hizo la guerra contra los amonitas.

La regla para medir la justicia de la guerra requiere según Antúnez cinco condiciones, relativas respectivamente a la persona, asunto, causa, ánimo y autoridad:

La persona ha de ser seglar, no eclesiástica. El asunto exige que la guerra se haga para recuperar bienes legítimos y para la defensa de la patria. La causa, impone que la guerra se haga por necesidad, como dice Aristóteles (196) "haz que la guerra sea tu último esfuerzo". Ánimo para que no se haga por odio o por insaciable avaricia, sino con una buena intención, y respecto a la autoridad que se declare con la autoridad de un príncipe que no reconoce superior.

De esas condiciones resulta que los elementos necesarios en toda guerra para que sea justa pueden reducirse a tres: autoridad del príncipe, causa justa e intención recta en los beligerantes. Así pues, en la mente de Antúnez las cinco condiciones señaladas por Baldo (197) engendran esos tres elementos.

Si ellos intervienen la guerra será justa, pero si faltan los tres conjuntamente o uno de los dos primeros la guerra será injusta, como cuando sin la autorización del príncipe supremo se hace la guerra. Se trata de banderías que se llevan a cabo por los particulares las cuales deben ser consideradas como latrocinios y depredaciones.

Si falta la causa justa, la guerra tampoco puede llegar a serlo. Dos son dice Antúnez los orígenes de las guerras, las que son justas y las que son injustas. No estudiar (para proceder en consecuencia) estos matices, y declarar la guerra sin preocuparse de indagar su justicia es vicio que excede de toda medida humana. De los que así actúan dice Séneca (198): "Puede decirse que no se trata de crueldad, sino de fiereza la de aquellos para quienes el deseo es crueldad. Podemos llamarla infamia; pues son varias las clases, pero ninguna más clara que la que desemboca en la muerte de los hombres". Es así que el acto justo proviene del motivo que lo es y al contrario, el injusto del motivo opuesto a lo justo; luego debe ser justa la causa de la guerra para que esté justificada esta. Lo cual acontece sobre todo en el caso en que la guerra se haga por necesidad o para conseguir la paz, de modo que podamos vivir en paz y sin injurias. Atendiendo estos rasgos cabe una



clasificación de las guerras que nos permite hablar de guerra de defensa o de recuperación; o incluso de justa ofensa, lo que lleva a dividir las guerras en defensivas u ofensivas. Son defensivas cuando con ellas se trata de defender la vida, la patria, el honor y el patrimonio. Son ofensivas o agresivas, cuando se declaran para satisfacer mediante la venganza una injuria recibida.

El elemento que se requiere es la recta intención de los beligerantes, que solamente interviene cuando la guerra se lleva a cabo por el bien común, y para conseguir la paz, o para evitar un mal. Si la guerra se hace por odio o por insaciable avaricia será injusta.

Los efectos de la guerra son un argumento a favor de los necesario de observar las cinco condiciones y los tres elementos, puesto que es inevitable que muchos de los beligerantes mueran o, lo que es peor, que pierdan grandes bienes y reciban enormes sufrimientos. Por ese gravísimo efecto no se deben hacer guerras por causas leves. Los males que toda guerra acarrea llevan a rechazar incluso las propias guerras que en principio estarían motivadas por causas justas, e imponen una consideración previa muy meditada y con expresión de la opinión de muchos. No basta la mera justicia de la

causa, pues, los males que la guerra se siguen: el que siempre sea toda guerra compendio y farrago de cuantas inhumanidades y fierezas se cometen en todo el mundo, deben ser objeto siempre de consideración previa a la declaración. Toda actuación cruel trae consigo un cúmulo de injurias y de insolencia, como dice Plutarco. Por esta razón decía San Agustín que el hacer la guerra es la felicidad de los malos pero sólo angustia inconsolable para los buenos (199).

Acabado su alegato, Antúnez da muestras de nuevo de su portuguesismo (y de la exaltación de ciertas "elites" de ese país en el momento que vive) poniendo como ejemplo la guerra de la *Restauração*: "En los últimos años lo hemos experimentado cuando hicimos una guerra cruel y justa contra los castellanos por espacio de ventisiete años" (200). Obviamente se refiere Antúnez al Tratado de Paz entre Portugal y España de 5 de enero (13 de febrero) de 1668 y el plazo de 27 años de situación de guerra abierta y no cerrada es correcto pues la declaración de Juan IV fue el 15 de Diciembre de 1640 lo que lleva a comenzar realmente la guerra en 1641. Así pues, Antúnez revisaba o redactaba esta parte de su obra después de 1668.

Por estos motivos la guerra no debe hacerse si no es por necesidad y cuando existe una inevitable presión. Frecuentemente debe renunciarse al derecho propio para evitar la guerra. Lo cual Antúnez recuerda ser piadoso y recto especialmente entre los cristianos, quienes exhorta a imitar el ejemplo de Cristo, recordándoles que quiso morir por todos los impíos y pecadores, y rogó al Padre por sus perseguidores.

Añade nuestro autor que está muy obligado el príncipe a tener en cuenta tales riesgos no sea que por hacer la guerra ocasione a sus súbditos mayores y más graves daños, gastos, calamidades que los que podían venirles de los mismos enemigos. Incluso (según la que califica de verdadera jurisprudencia y la sentencia de los teólogos) las guerras justas no deben ser iniciadas por los príncipes. Antúnez se muestra aquí epigono de Vitoria quien ya afirmó (201) "Ninguna guerra es justa si consta que va a producir a la república mayor mal que bien y utilidad; aunque por otro lado existan títulos y razones para considerar a la guerra justa".

Tales presupuestos se prueban para Antúnez porque la república no tiene potestad para declarar la guerra si no es para defenderse y defender sus bienes, es decir para protegerse: luego si estos objetivos se debilitan

más que se aumentan por la guerra, la guerra será injusta, tanto si es llevada a cabo por iniciativa del rey como por la de la comunidad y para redondear su discurso alega en este punto a Aristóteles cuando afirma que se hace la guerra de forma justa cuando no puede enmendarse de otra manera el derecho y la injuria.

Finalmente, debe hacerse la guerra para poder vivir en paz. Esta debe ser la recta intención de los beligerantes; quienes deben no buscar la paz para preparar la guerra, sino que sólo deben hacer la guerra para conseguir la paz. Al respecto se apoya en Cicerón (202) "Ninguna guerra es llevada a cabo por la ciudad optima si no es en favor de la fe o de la salud", matizando que el gran orador romano no usa la palabra "fe" en el mismo sentido que tiene en la religión católica sino que significa "pacto" según las reglas del derecho. Respecto de la voz "salud" contenida en el mismo texto recuerda que ya San Agustín interpretó que se trata no de la salud del cuerpo individual sino del cuerpo místico de la república (203).

Respecto a los requisitos, Antúñez exige como necesaria la declaración de guerra y de ahí deduce que los efectos de la misma son lícitos después de esa denuncia pero nunca antes.

Finalmente, pertenece al derecho real en razón de su suprema potestad, la facultad de poder obligar a los súbditos a acudir a combatir en la guerra exponiéndose incluso a la muerte por defender la patria (204); tanto si es defensiva, como si es ofensiva, siempre desde luego que sea justa y declarada por causas justas.

Alega aquí Antúnez la autoridad de varios personajes bíblicos en los que se refiere cómo el pueblo fue impulsado a la guerra (205). Cualquier vasallo está obligado a exponer su vida y sus bienes por el rey y por la república, siempre que el peligro sea el máximo y urgente, y exista esperanza de evitarlo con ese sacrificio. Aunque los actos que tienden directamente a la muerte no pueden ser lícitos de tal manera que ni por la salvación de la república pueda nadie ofrecerse voluntariamente a una muerte cierta, sin embargo, en la guerra aunque el peligro de la muerte sea inminente, la muerte no es cierta, de tal manera que cualquiera puede ir voluntariamente a la guerra y el príncipe puede obligarle válidamente para que se ponga en tal peligro de muerte en la guerra por la patria y por la salvación de la república, aunque de él se siga la muerte.

Si la guerra es lícita no se puede imputar al príncipe aquel mal que haya sucedido independientemente

de su voluntad. A este respecto Antúnez se apoya en un pasaje de Larrea quien afirma "Queda descartado el que responsabilidad por las cosas por las cosas que hacemos o las que se nos imputa a nosotros lícitamente para alcanzar un bien si por ellas sucediere a alguno un mal; por consiguiente, no solamente le es lícito al príncipe obligar al vasallo a la guerra sin también poner en peligro la vida del inocente vasallo por bien común y justo".

Consta claramente que puede ser lícito y meritorio todo acto positivo y afirmativo, que no conduce necesaria e infaliblemente a la muerte, sino se dirige hacia un fin justo y suficientemente bueno, aunque circunstancialmente esté próximo a la muerte y contenga un gravísimo peligro. Puesto que la guerra no conlleva necesariamente la muerte, puede justamente el príncipe obligar a los vasallos a participar en la guerra y a que se expongan a peligros por defender a la patria según la frase de Horacio "dulce et decorum est pro patria mori" (206).

Añade Antúnez que no corresponde al sabio evitar los peligros que acechan a la república, pues como dice Cicerón "Nullum est periculum, quod sapiens pro salute patrie vitandum arbitretur", de forma que el cuidado de

la patria corresponde a la persona de aquel que principalmente la dirige, como en su cabeza suprema. Para San Agustín "genrales pactum esse societatis humanae obdire regibus" y como por la salvación de la cabeza se pone en peligro la vida, lo mismo es lícito poner en peligro la mano para salvar la cabeza, según el sentir de Antúnez (207).

III.3. LAS REPRESALIAS

Constituyen estas figuras (variadísimas en sus ejemplos históricos) una especie de institución jurídica (perceptible tanto en las relaciones internacionales, como en las internas de un Estado) cuyos elementos son dos, la existencia de un ilícito por una parte y la imposición de una reparación o castigo por parte del superior a aquél que ejecutó el ilícito. El fenómeno ha sido estudiado minuciosamente por Ruy de Albuquerque en una monografía (208) que incluye tanto los hechos que afectan a la historia portuguesa como su análisis teórico por los tratadistas en los siglos XV y XVI, pero no toca la visión del problema en Domingo Antúnez, sino muy esquemáticamente.

Para Antúnez lo mismo que pertenece a la suprema potestad del príncipe el derecho de declarar la guerra, así también le corresponde el derecho de conceder



represalias (209). Las represalias suponen la respuesta a una de dos causas (unas veces pública y otras privada) las que se originan por una causa pública las lleva a cabo el príncipe que no reconoce superior contra otro príncipe y sus súbditos, que han hecho enemigos, cuando injustamente ocupan los bienes, lugares y castillos del mismo príncipe o de otro federado o cuando ladrones y piratas u otros hombres de algún pueblo llevan a cabo homicidios, rapiñas u otros crímenes, a cuya corrección no atiende el superior de quien las ejecuta. En este caso las represalias se conceden de *motu proprio* del príncipe y contienen una venganza pública y cierta especie de castigo de los crímenes. Es más, se hacen y se conceden por derecho de la guerra y con fuerza militar, porque a los agresores, por sus mismas acciones, es como si al príncipe les declararan la guerra.

Y en este caso, aunque las represalias, las pignoraciones etc. sean reprobadas y odiosas por derecho (llegando algunos autores a afirmar que están prohibidas por todo derecho) sin embargo, cuantas veces la guerra se pública, tantas veces serán permitidas las represalias, lo mismo que la guerra es permitida por todo derecho. Antúñez recuerda lo frecuente de llevar a cabo represalias de un príncipe contra otro y contra sus

vasallos, poniendo ejemplos lógicos dada su mentalidad (Juan IV contra los castellanos en 1640) a lo que añade otras realizadas por el rey de Castilla contra los franceses mientras se llevaban a cabo guerras contra otras naciones (210).

Sin embargo para Antúnez se debe mantener la sentencia contraria porque el monarca no se debe decidir a aplicar represalias a no ser por aquellas causas que motivan la declaración de una guerra justa. Y lo mismo que en la guerra justa pueden ser ofendidos los inocentes (si no de forma principal, si accidentalmente, cuando de otra manera no se puede llevar a cabo la guerra) así también las represalias pueden declararse contra los libres de culpa. La razón de ello residiría en que la totalidad es un cuerpo que consta de partes, y si el príncipe negó la justicia e infirió justicia a otros, todos los súbditos son culpables con el príncipe, argumentaciones éstas en las que Antúnez sigue los criterios de Molina, si bien Alburquerque le sitúa más bien en relación con el portugués Arias de Mesa.

Están exceptuadas de las represalias los legados y sus bienes; porque según el derecho de gentes se deben conservar incólumes. Del mismo modo están exentos de la concesión de represalias los clérigos y sus bienes, y

las iglesias. De tal manera que si es el particular el que las aplica y no las revoca en el espacio de un mes, incurre en excomunión; y si es la comunidad, queda en entredicho. También aquél laico que ejerce represalias contra un clérigo, cae en excomunión. En algunas naciones además se exceptúan las mujeres, los niños, los estudiantes y los mercaderes.

Hablando de las represalias concedidas por el Sumo Pontífice contra otro poder que no reconoce superior cuando sus vasallos se oponen a ellas y combaten, señala Antúnez que los clérigos no están contenidos sino en cierto modo en la denominación de "vasallos del rey", sino en la denominación del pueblo, porque son ciudadanos, parte del pueblo y miembros de la república temporal. Por esta razón, aunque estén exentos de tributos y colectas, no gozan de la exención en el momento de una necesidad que sobreviene repentinamente: como en el caso en que el príncipe fuera invadido por los enemigos. Es más, en un momento de necesidad por causa de la guerra, el príncipe puede tomar los vasos de oro y plata de la iglesia, y con ellos remediar la necesidad. Por otra parte cuando son los clérigos los enemigos de los vasallos del príncipe éste al estar obligado a socorrerlos podrá conceder represalias en cuanto a los bienes de aquellos.

Considera Antúnez más verosímil el que el seglar pueda aplicar represalias contra los bienes de la Iglesia y de los clérigos, pues como ya dijo, si los clérigos se consideran vasallos del rey, son sin embargo súbditos especiales por razón de la jurisdicción eclesiástica de la cual el rey es incapaz y por esta causa no se considera que delinquieron junto con aquel príncipe que se hizo por sus actos acreedor de las represalias. En consecuencia no deben ser castigados en sus bienes, a no ser que constase que los clérigos ayudaban al príncipe y le pagaban tributos, pues entonces deben ser considerados como enemigos y como tales están incluidos en la aplicación de las represalias. Cierra sus análisis Antúnez con una síntesis de la práctica al respecto en el reino de Lusitania donde no se dan las represalias contra sus propios súbditos y vasallos sino solamente suelen concederse frente al príncipe contra el cual se está haciendo la guerra y sus vasallos. También se dan contra aquél juez eclesiástico que en los casos de "recurso de fuerza" ante el rey y de petición por el justiciable de protección, no se somete al rey en sus sentencias. Cabe destacar que se ha de tener en cuenta cómo lo capturado en represalias no se hace propiedad de los captores sino que se debe custodiar hasta que se verifique la reparación y la

estimación de la injuria causada que dio origen a las represalias; luego de las capturas debe hacerse un inventario de los bienes ocupados y estos cuidados deben entenderse adecuados en las represalias que se hacen entre los particulares, a instancias de alguno, por un daño causado o para satisfacción de una injuria especial respecto a un bien privado, ya que si las represalias fueron concedidas por el príncipe para una venganza pública y el príncipe concede los bienes a los captores o a otros, se hacen con la propiedad de ellos.

En otros casos las represalias no fueron aceptadas y Antúñez señala la existencia de un proceso de desuso en el Imperio Germánico, y con lo tratado (que solamente versa sobre aquellas represalias que el príncipe declara contra otro que sea enemigo, y contra sus súbditos) se cierra por su parte el tema advirtiendo que los príncipes no deben llevar a cabo represalias a no ser por una causa justa y grave, pero no por un perjuicio ordinario.

III.4. TRATADOS Y PACES. REHENES Y LEGADOS

Por coherencia con sus planteamientos básicos es lógico que Antúnez entienda que, al igual que es potestad regia declarar la guerra, es también regalia suya firmar la paz, ya que toda declaración de paz es el fin de la discordia y el principio de la concordancia y armonía que debe existir entre los hombres. Por eso Antúnez sostiene que el jefe del ejército no tiene capacidad de suyo para concertar la paz con los enemigos, aunque puedan hacer una promesa en ese sentido de naturaleza provisional ya que no tendrá firmeza mientras no sea ratificada por el rey (211). Sin embargo, puede firmarse la paz mediante un procurador designado con una orden especial del rey.

La paz llevada a cabo por el rey no se entiende tanto en su favor como en el de sus súbditos y afecta tanto a la situación presente como a la de futuro.

Todos los vasallos, incluso los eclesiásticos, resultan implicados y en cuanto a la forma precisa Antúnez que toda paz se debe concertar mediante un pacto preciso y claro. En este punto hay que dejar constancia de la presencia en la obra de Antúnez de un amplio capítulo complementario en el cual el autor analiza detenidamente los pactos de paz de su reino y de otros, incluido Castilla (212) analizando cuestiones muy concretas del suyo. Si bien el tema es interesante de por sí, entiendo que su exposición y comentario sesgaría el tema objeto de este estudio y por ello omito referirme, ni siquiera en resumen a su contenido, sobre el que proyecto volver específicamente en otra monografía.

Más interesante y relacionado con el aspecto teórico-doctrinal que posee esta investigación, me parece el pensamiento de Antúnez de Portugal respecto al tema de los rehenas de paz y del envío de legados.

Propiamente puede dar rehenas el príncipe y quienes no conocen superior en la república y pueden hacerlo por causa de la paz, en los tiempos de tregua, en confirmación de la promesa dada o por causa del pacto firmado con los enemigos (213).

En cambio entre las personas privadas, y por una causa particular pecuniaria de tipo intersubjetivo,

señala que no se pueden dar rehenes que garanticen la observancia de los pactos o de la cosa juzgada; de tal manera que se considere todavía viva la vieja práctica que lo permitía. La razón reside en que la prenda del hombre libre se constituiría como un derecho real de un hombre sobre otro, lo que está prohibido por derecho. Es más no se puede aducir para el pacto, la detención de un hombre libre ni el pacto consistente en que este hombre deba morar en un lugar determinado, porque si así se aceptase se infringiría la libertad, en cuanto se iría contra la naturaleza al tolerar en Derecho que el hombre, nacido libre, se haga esclavo. Conoce Antúnez la práctica de la *obnoxatio* y observa que aunque el hombre libre que, para recibir el precio, soportó ser vendido, se haga esclavo por Derecho civil romano, sin embargo, en los reinos cristianos se introdujo en sus costumbres que no soporte se constituya en esclavo quien es vendido por un precio.

Los rehenes concedidos para una causa no pueden ser retenidos para otra. Si fuese dada alguna otra cosa en garantía sin la concesión de rehenes y después fue violada la fidelidad pactada por la parte beneficiaria de esas garantías, los súbditos de quien violó pueden ser retenidos no tanto como rehenes, sino más bien por obra del Derecho de gentes, en virtud del cual es lícito



buscar nuevas garantías por la acción de los que mandan.

Finalmente se tendrá en cuenta que, lo mismo que el derecho de prenda del cautivo redimido se extingue por la muerte del cautivo, así también el rehén dado por el precio del cautivo queda libre con la muerte de aquél, puesto que ya no se debe ningún precio.

Cerraremos este epígrafe con la síntesis de la doctrina de Antúnez sobre los legados. Para nuestro autor pertenece su régimen a los mayores derechos regios que están inherentes a los "huesos de la corona". Es de los monarcas la facultad de enviar legaciones y legados, que solamente pueden enviar y recibir de la majestad de aquellos que ostentan la suprema potestad, no reconociendo ningún superior. Luego también podrán hacerlo las repúblicas que tampoco reconozcan superior, así como incluso aquellos duques, marqueses y condes que tengan derechos de imperio pueden mandar y recibir legados. También el procurador del rey o su tutor pueden mandarlos y recibirlos, ya que a ellos les está permitido ejercer en nombre del rey los derechos regios. Aprovecha Antúnez su planteamiento general para introducir, como es habitual en él, un comentario de la historia portuguesa calificando de "incivil" al rey de

Inglaterra por haberse negado a recibir durante algún tiempo al legado de nuestro "serenísimo príncipe administrador" al que después, "llevado de mejor criterio" recibió con todas las solemnidades.

El legado no debe intentar nada que exceda de su misión concreta, es más, debe volcarse exclusivamente sobre la función de la legación, de tal manera que si se dedica a otros negocios, propios o ajenos, que le apartasen de la misión de la legación, no solamente debe ser privado de su salario sino también de tal oficio, de tal manera que ya no vuelva a poder poseerlo. Excepción a esta regla sería el caso del legado enviado al Sumo Pontífice que, si consiguiera con tal motivo un beneficio para algún consanguíneo suyo, o para algún amigo, no incide en pena alguna (ni ordinaria ni extraordinaria) ni tampoco pierde el salario.

Considera Antúnez fundamental advertir que el legado representa a la persona del príncipe y desempeña las funciones de dos personas o cuerpos físico y político como ocurre con el mismo rey, es decir la suya propia y la del príncipe; por lo que debe actuar con máximo cuidado en cada una de sus acciones, para aparecer siempre como titular de tal facultad doble en forma que dejando sobre sus hombros la condición de

hombre privado, manifieste sobrellevar la carga pública vistiéndose de la mente del príncipe, cuya persona perciben las gentes en el legado como en un espejo, y así está obligado a ensalzar con su porte exterior la magnificencia y autoridad del príncipe a quien representa.

III.5. RELACIONES CON LA IGLESIA. PATRONATO REGIO Y  
COMUN

Nos ofrece Antúnez una interpretación del patronato regio en materia eclesiástica que parte de una caracterización general de la "protección", para situar luego el caso específico de la que los reyes prestan a la Iglesia. De tal manera entiende Antúnez que es propia del rey la facultad de otorgar protección que la considera como un atributo natural del gobierno y una cualidad inherente a los "huesos y a la substancia de la Corona" (214). Así la facultad de ejercer el gobierno y de prestar la protección constituyen una unidad inseparable, y es por eso que afirma pertenecer esta protección a las regalías mayores, que corresponden al príncipe en señal de suprema potestad. Así pues es facultad que solamente compete al rey y no puede ser concedida a los señores mayores ni ser transferida a

otros ni se considera concedida en la donación general de la jurisdicción hecha a los duques y a otros señores territoriales investidos de mero y mixto imperio. No es este derecho que afecte a los duques y a otros señores inferiores, ya que solamente corresponde a los príncipes que no reconocen superior, es más, tampoco puede ser adquirida en contra del rey mediante prescripción.

Esta protección real puede practicarse de tres formas, siendo la primera aquella que recae sobre los súbditos, eclesiásticos o laicos, cuando están oprimidos por los dueños de la tierra. Segunda, cuando tanto los seglares como los eclesiásticos padecen opresión y violencia por los jueces eclesiásticos, o cuando éstos no observan el Derecho natural respecto tales súbditos. Tercera, cuando se procede conociendo jurisdiccionalmente por parte del príncipe causas que, o bien se reserva específicamente, o sobre las que aplica la preeminencia propia del rey cuando actúa como juez. Al respecto cabe señalar la idea de la preeminencia del rey cuando actúa como verdadero juez, idea que si bien puesta en entredicho por algún investigador respecto de la monarquía medieval, en la época actual el profesor Antonio Marongiu (siguiendo a Bolóñes) ha vuelto a señalar como válida en su afirmación, que parece sacaía

de la obra de Antúnez, de que en esos sistemas jurídicos "el rey que no hace justicia no es verdadero rey" (215).

Dentro de ese contexto se sitúa por Antúnez el derecho de Patronato Real que según él debe ser considerado con gran cuidado y diligencia en cuanto que pertenece a las regalías. Por tanto, si el Patronato fuese donado por el rey, esta donación se regula igual que las demás hechas por la corona real; pues la donación se hace a un laico o a un obispo, pero no en cuanto obispo, sino como a un señor temporal de algún castillo, por lo que la donación no es absoluta en favor de la Iglesia. Cuando la donación se hace a la Iglesia de forma absoluta y simple, no le cabe duda a nuestro autor de que el derecho de Patronato se hace eclesiástico, pierde su primera condición y asume la del donatario. Pero si el derecho de Patronato fue concedido a un laico o a un obispo para sus vidas, o a perpetuidad, y se vincula a un feudo o castillo, entonces, como el dominio directo permanece en poder de la Corona, queda regulado por las mismas normas que el resto de los bienes de la Corona Real, reteniendo su condición primera y original. Por consiguiente, si surge pleito entre el prelado donatario del Patronato de la Corona y el procurador del rey, debe resolverse ante los jueces de la Corona. Lo mismo habrá

que decir si surge pleito entre los donatarios sobre un mismo Patronato.

A la autoridad y preeminencia del rey y a esta misma regalía pertenece que el rey pueda conocer en Derecho de las causas de los eclesiásticos y llamar a los obispos, los cuales están obligados a obedecer el mandato del rey, Antúnez matiza no obstante que si el obispo es llamado al mismo tiempo por el Papa y por el Rey, está obligado a obedecer al Papa antes que al Rey (216). En definitiva, como puede apreciarse, recibe nuestro autor los criterios que los historiadores del derecho canónico llaman "regalismo" (217) y concibe el poder del Patronato eclesiástico que los reyes propugnan más como fruto de sus facultades en cuanto cabeza del Estado Moderno, que como un piadoso exceso de fe. Recientemente el profesor Pérez Prendes ha tratado de analizar el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Moderna presentándolas bajo el doble aspecto de que por una parte los príncipes se constituyen en defensores de la Religión Católica contra la herejía y el cisma (actitud que determinó la política general de los Austrias) y de otra mantienen con energía frente a la Iglesia y al Papado lo que consideran prerrogativas regias en cuestiones eclesiásticas, y tienen al protagonismo en estos asuntos, mediante la

política de intervención en los mismos que se ha llamado Regalismo. Todo ello con una notable continuidad y homogeneidad de iniciativas entre Austrias y Borbones, siendo esta última dinastía simplemente aplicadora coherente de un proceso teórico y práctico, acumulado mucho antes (216).

Hechos estos planteamientos cabe completar la doctrina de Antúnez al respecto señalando los principales rasgos teóricos y prácticos del derecho de Patronato que se ejerce por personas distintas e inferiores a los monarcas. Respecto de ese tipo de derecho de Patronato señala que encierra dos tipos, uno puramente eclesiástico y laico el otro.

El primero es el que corresponde a un clérigo respecto a una iglesia o beneficio, que se obtienen por quienes lo ejercen y es inherente a las iglesias o dignidades eclesiásticas. Hay que advertir que no es eclesiástico, sino laico, el derecho de Patronato adquirido por un clérigo sobre cualquier fundación, construcción o dotación de alguna iglesia del propio patrimonio, no de los bienes adquiridos a través de la iglesia.

El segundo tipo aquí contemplado es el que corresponde (por razón de alguna fundación, construcción o



dotación a una iglesia) a los particulares que la erigen y cuidan, pero señaladamente a los principes en cuanto difunden y mantienen la fe cristiana en sus reinos (219). Existe otro modo de derecho de Patronato que se denomina mixto y pertenece en parte al ámbito eclesiástico y en parte al laico.

Respecto de quién puede adquirir el derecho de Patronato y de quién es considerado capaz de ejercerlo, la regla general es que todos son capaces de adquirir y poseer el derecho de patronato, menos aquellos a quienes expresamente se lo prohíbe el Derecho. Así fue concedido por un privilegio particular para todos que se sintiesen estimulados en esa edificación, fundación o dotación de iglesias: por eso corresponde a todos sin excepción. Por tanto es naturaleza de la institución que todos deben ser admitidos a ella a no ser que a alguno le esté prohibido por ley.

De esto se deduce que los laicos son inicialmente capaces del derecho de Patronato, sin necesidad de privilegio o dispensa para adquirir esa capacidad. Los textos hablan indistintamente de que el derecho de Patronato corresponde a todos los patronos, incluso laicos. Luego al no mencionar de nuevo como los laicos en ninguna cuestión específica se les presupone con

capacidad en toda la materia. Además el derecho de Patronato, por su propia naturaleza es una facultad temporal aunque vaya unida a otras espirituales. De todo ello resulta que los laicos son capaces de ese derecho ya que no se les prohíbe su titularidad ni ejercicio por ninguna ley.

No solamente el varón sino también la mujer es capaz del derecho de Patronato. Y, aunque algún texto se refiere sólo a aquella mujer constituida en dignidad, procede también sin embargo en la mujer privada. Es cierto que existen textos en los que se habla del Patronato de la abadesa interpretándose que le corresponden en razón de la dignidad, sin embargo de ahí no se deduce que las mujeres sean incapaces de ese derecho cosa que para que existiese habría que formularla expresamente (220). Por otro lado aunque los textos hablan de "hombres" con esa denominación recuerda Antúnez que esa voz "hombres" designa también a las mujeres, ya que en este caso y desde antiguo tal denominación ha sido tomada de forma general. Señala sin embargo Antúnez, que si así es la norma jurídica resulta que en la práctica a la mujer se le considera indigna de ocupar determinados cargos y oficios públicos (221).

Por último, si al patrono se le confiscan todos sus bienes, cabe preguntarse si el derecho de Patronato mismo se incluye en la confiscación, cuestión que Antúnez resuelve estimando que no hay lugar a tal inclusión cuando la confiscación se ordene por sentencia de juez seglar.

**NOTAS**

- (1) Antúnez de Portugal.  
"De Donationibus Regiis"  
Lyon 1668, tomo I, pág. 2.
- (2) Id., L., C., pág. 2.
- (3) Id., L., C., pág. 5.
- (4) Id., L., C., pág. 5.  
«Ut sit vei licitae, nullo iure cogente, mera liberalitate facta collatio»
- (5) Id., L., C., pág. 5.  
«Ut sit liberalis, et irrevocabilis rei propriae domini translatio»
- (6) Id., L., C., pág. 5.  
«Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec nullo casu ad se reverterii, propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem, et munificentiam exercean haec propria donatio appellatur»
- (7) Id., L., C., pág. 5.
- (8) - Arias Ramos J.  
"Derecho Romano". Madrid 1972.  
Tomo II, pp. 733 y ss.

- Garcea Garrido M.

"Derecho Privado Romano". Madrid 1984.

Pp. 484 y ss.

- Garcea Garrido M.

"El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho Romano vulgar Romano-Visigótico". En

A.H.D.E. 29 (1959), pp. 389 y ss.

(9) Reoggi R.

"In tema di donazione remuneratoria. On studi in onore di Pietro de Franciscis". Vol. III, Milán 1956, pp. 228-247.

(10) Archi G.D.

"La donazione. Corso di diritto romano".

Milán 1960, pp. 171 y ss.

(11) - Murga J.L.

"Donaciones y testamento *in bonum animae* en Derecho Romano tardío". Pamplona 1968, pp. 74 y ss.

- Iglesias J.

"Derecho Romano. Instituciones de derecho privado".

Barcelona 1985, pag. 725.

(12) D'Ors Alvaró

"Derecho privado romano". Pamplona 1981, pag. 395.

(13) Id., L., C., pag. 396.

- (14) P. 5, 4, 4.
- (15) Antúnez D.  
Op.cit., tomo I, pag. 13.
- (16) P. 5, 4, 5.
- (17) Torralba Soriano O.  
"El modo en el derecho civil". Alicante 1966,  
pp. 289 y ss.
- (18) Gómez A.  
"Ad leges tauri commentarium absolutissimum".  
Madrid 1776, pág. 129.
- (19) Gregorio López  
"Glosas a las Partidas". Salamanca 1555. P. 5, 4,  
5, pág. 11.
- (20) - Iglésias J.  
Op.cit., pág. 728.  
- García Garrido M.  
"Derecho Privado Romano". Madrid 1984, pág. 631.
- (21) Planitz H.  
"Principios de Derecho Privado Germanico".  
Barcelona 1957, pp. 239 y ss.

- (22) Rodríguez Gil M.  
"La donación en la Alta Edad Media en los reinos de  
León y Castilla". Madrid 1981, pp. 114 y ss.
- (23) García Garrido M.  
Op.cit., A.H.D.E. 29 (1959), pag. 397.
- (24) Id., L., C., pag. 349.
- (25) N.R. 5, 2, 2.
- (26) O.P. 4, 47, 1.
- (27) N.R. 5, 2, 2.
- (28) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pag. 84.
- (29) D'Ors A.  
Op.cit., pag. 403.
- (30) - Iglesias J.  
Op.cit., pag. 594.  
- García Garrido  
Op.cit., pag. 483  
- Arias Ramos.  
Op.cit., pag. 731.  
- D'Ors A.  
Op.cit., pag. 401.



(31) García Garrido M.

Op.cit., en A.H.D.E. 29 (1959), pp. 382-446.

(32) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 71.

(33) Gómez A.

Op.cit., pp. 265 y ss.

(34) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 74.

(35) L.T. 17.

(36) Gómez A.

Op.cit., pp. 84 y ss.

(37) Otero A.

"La mejora" en A.H.D.E. 33 (1963), pp. 99 y ss.

(38) D. 302, 6, 30.

(39) D'Ors A.

Op.cit., pág. 394.

(40) - Iglesias J.

Op.cit., pág. 729.

- García Garrido M.

Op.cit., pág. 631.

(41) En igual sentido se manifiesta J. Rubio Sacristán.  
 "Donatione post obitum y Donaciones reservato  
 usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla"  
 en A.H.D.E. 9 (1932), pp. 84 y ss.

(42) Bussi E.  
 "Dogmi di diritto privato nel diritto comune".  
 Padua 1971, pp. 183 y ss.

(43) D. 39, 6, 1.

(44) Antúnez de Portugal D.  
 Op.cit., tomo I, pág. 101.

(45) Id., L., C., pág. 102.

(46) Id., L., C., pág. 102.

(47) Id., L., C., pag. 102.

(48) Kantorowicz E.K.  
 "Los dos cuerpos del rey. Un estudio de la teología  
 política medieval". Madrid 1985.

(49) Antúnez de Portugal D.  
 Op.cit., tomo I, pág. 103.

(50) Id., L., C., tomo I, pág. 103.

(51) Id., L., C., tomo I, pág. 106.

- (52) Id., L., C., tomo I, pág. 107.
- (53) Ullmann W.  
 "Principios de gobierno y política en la Edad Media", Madrid 1971. "Historia del pensamiento político en la Edad Media", Barcelona 1983.
- (54) Coincide con Antúnez, A. Otero en "Sobre la plenitudo potestatis y los reinos hispánicos" A.H.D.E. 24 (1964), pp. 141 y ss.
- (55) Antúnez de Portugal D.  
 Op.cit., tomo I, pág. 109.
- (56) Id., L., C., tomo I, pág. 119.
- (57) Id., L., C., tomo I, pág. 119.
- (58) Id., L., C., tomo I, pág. 120.
- (59) - Schramm P.E.  
 "Las insignias de la Realeza Española", Madrid 1960.  
 - García Pelayo M.  
 "Del mito y de la razón", Madrid 1968.  
 - García de Valdeavellano L.  
 "Sobre la simbología jurídica de la España medieval" en el tomo homenaje a José Esteban Urnaga, Pamplona 1971, pp. 89-133.

(60) O.P. 2, 26, 8 y 2, 26, 9.

(61) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 29.

(62) Pastor de Togneri R.

"La sal en Castilla y León. Un problema de la alimentación y del trabajo y una política fiscal (siglos X-XIII)" en C.H.E. 37-38 (1965), pp. 42-87.

(63) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 78.

(64) O.P. 2, 26, 18.

(65) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 172.

(66) Id., L., C., tomo II, pág. 174.

(67) Id., L., C., tomo II, pág. 202.

(68) Id., L., C., tomo II, pág. 212.

(69) Id., L., C., tomo II, pág. 222.

(70) Id., L., C., tomo II, pág. 282.

(71) Id., L., C., tomo II, pág. 284.

(72) Id., L., C., tomo II, pág. 335.

(73) O.P. 2, 26, 17.

(74) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 129.

(75) Id., L., C., tomo II, pág. 132.

(76) Id., L., C., tomo II, pág. 135.

(77) Id., L., C., tomo II, pág. 158.

(78) P. 4, 15, 1 y 6, 1, 3.

(79) O.P. 2, 20, 17.

(80) O.P. 4, 81, 1.

(81) O.P. 4, 45, 12.

(82) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 115.

(83) Id., L., C., tomo II, pág. 121.

(84) Id., L., C., tomo II, pág. 125.

(85) Id., L., C., tomo II, pág. 305.

(86) Id., L., C., tomo II, pág. 231.

(87) N.R. 1, 3.

- (88) Antunez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pág. 232 y ss.
- (89) Id., L., C., tomo I, pág. 238.
- (90) Id., L., C., tomo I, pág. 240.
- (91) Id., L., C., tomo I, pág. 311.
- (92) Id., L., C., tomo I, pág. 312.
- (93) Id., L., C., tomo I, pág. 247.
- (94) Id., L., C., tomo I, pág. 249.
- (95) Id., L., C., tomo I, pág. 250.
- (96) Id., L., C., tomo I, pp. 247-263.
- (97) Sigue Antúnez el orden nobiliario propio de la época, de gran arraigo tanto en Portugal como en España y que en cierta medida ha venido a mantenerse hasta nuestros días, aunque en la actualidad, los títulos de nobleza como ha recordado una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (sto 27/1982 de 24 de mayo, Sala Segunda) aunque no se recogen en la Constitución siguen siendo como en la época feudal una facultad del rey ya que la Constitución le permite conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.

- (98) Ant6nez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pag. 257.
- (99) Id., L., C., tomo I, pag. 259.
- (100) Id., L., C., tomo I, pag. 260.
- (101) Castillo de Bobadilla  
"Política de corregidores y señores y vasallos",  
Amberes 1704. Edición facsímil preparada por  
González Alonso, Barcelona 1978.
- (102) Ant6nez de Portugal D.  
Op.cit., pag. 157.
- (103) Coincide de nuevo el pensamiento de Ant6nez con la  
sentencia de nuestro Tribunal Constitucional; pues  
aunque por distintos razonamientos al casar con  
noble, la mujer adquiere ese título; la sentencia  
recoge el principio constitucional de que hoy el  
no pertenecer a la clase noble no es impedimento  
para contraer matrimonio con alguien que lo  
ostente y sería en la actualidad inconstitucional,  
en la época del lusitano se admitía ese matrimonio  
y se ennoblecía a la esposa (que no lo era) por  
esa vía.

(104) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 160.

(105) Véase L. García de Valdeavellano

"Curso de Historia de las Instituciones Españolas de los orígenes a fines de la Edad Media", Madrid 1962, pp. 524 y 580-81.

(106) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 161.

(107) O.P. 1, 25, 2.

(108) O.P. 2, 45, 56.

(108 bis) La importancia de Domingo Antúnez de Portugal como tratadista de Derecho público fue apuntada ya en 1923 por Paulo Merêa, quien en sus "Lições de Historia do Direito Portugues" apuntaba (pág. 109, nota 2), «e muito importante o seu tratado *De donationibus*, sobretudo como exposição das doutrinas de direito publico do tempo (sec.XVII)». Pero no se le menciona entre los jurisconsultos recogidos en la "Exposição Sucinta do Direito Portugues" siguiendo las lecciones de Paulo Merêa en 1921-1922, que editaron en Coimbra, 1922, A. Marques y C. Cardoso. El propio Merêa, en su trabajo "De André de Resende a Herculano, Sumula Histórica da Historia do Direito Portugues" (en "Estudos de Historia



do Direito" Coimbra s.f. pag. 12) lo menciona como uno de "alguns poucos" entre los jurisconsultos que «fornecem contribuição dalguna valia para a historia do direito nacional», pero le separa (inexactamente como tendremos ocasión de contemplar en varias ocasiones) de «os juristas e escritores politicos que ... formam a ben conhecida pleiada da Restauração». Es cierto que Meréa se refiere al grupo encabezado por Joao Pinto Ribeiro, pero no lo es menos que el espíritu y los temas que desarrolla este grupo son tambien detectables en Antúnez, como pondremos de relieve en diferentes momentos de nuestra exposición.

(109) D. 1, 1, 1.

(110) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 122.

(111) Id., L., C., tomo I, pág. 122.

(112) Id., L., C., tomo I, pag. 125.

(113) Otero A.

Op.cit., pág. 145.

(114) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 126.

- (115) - Ullmann W.  
Op.cit., pp. 124 y ss.  
- Kantarowicz  
Op.cit., pp. 343 y ss.  
- Maravall J.A.  
"Estado Moderno y Mentalidad Social", Madrid 1972,  
tomo I, pp. 323 y ss.
- (116) O.P. 2, 35.
- (117) Antunes de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pag. 134.
- (118) Id., L., C., tomo I, pag. 137.
- (119) Id., L., C., tomo I, pag. 138.
- (120) Id., L., C., tomo I, pag. 140.
- (121) Id., L., C., tomo I, pag. 142.
- (122) Id., L., C., tomo I, pag. 142.
- (123) Id., L., C., tomo II, pag. 290.
- (124) Id., L., C., tomo I, pag. 292.
- (125) Id., L., C., tomo I, pag. 295.
- (126) O.P. 4, 82, 2.

(127) P. 2, 15, 2.

(128) Antúnez de Portugal D:

Op.cit., tomo II, pag. 298.

(129) Id., L., C., tomo II, pag. 297.

(130) Id., L., C., tomo II, pag. 299.

(131) P. 2, 17, 2.

(132) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pag. 302.

(133) Id., L., C., tomo I, pag. 445.

(134) Id., L., C., tomo I, pag. 317.

(135) Id., L., C., tomo I, pag. 318.

(136) Obviamente, el problema no es tan sencillo como lo despacha Antúnez. Para la justificación de las candidaturas de Felipe II, Antonio de Crato, Manuel Filiberto de Saboya, Rainiero de Parma, Catalina de Braganza y Catalina de Medicis cfr. J. Verissimo Serrao "Fontes de Direito para a historia da suceso de Portugal 1580" en Boletim de la Faculdade de Direito de Coimbra 35 (1960). En general todo el proceso es estudiado desde una óptica portuguesa por el mismo autor (en los vols.

III, IV, y V de su "Historia de Portugal", 1980. 1981, 1982) hasta concluir con los acontecimientos de la guerra y tratado de paz de 1668 sibilinamente inducido por Inglaterra, primera y principal beneficiaria de la separación de los reinos peninsulares.

(137) Verissimo Serrao J. Cit.sup.

(138) Sobre la realidad de estos acontecimientos, bastante más compleja que lo reflejado en las frases demasiado simplistas de Antúnez, cfr. Verissimo Serrao J. "Historia de Portugal", cit.sup. vol. II, pp. 57 y ss.

Herculano A. "Historia de Portugal" vol. III (ed. de S. Matosso).

Califica las circunstancias que comenta Antúnez de «hipócritas qualificações de curador, visitador o defensor do reino» pág. 13.

(139) Sobre el uso del título de rey por Alfonso Enríquez cfr. Herculano, op. y ed. cit.sup., vol. I, pag. 661.

(140) Plinio el Joven

"Panegirico de Trajano". Ed. de A. D'Ors. Madrid 1955, pág. 21.

- (141) Lib. de los Reyes, cap. 18.
- (142) Ciceron  
"De Republica", Paris 1907, pag. 7.
- (143) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pag. 173.
- (144) Sobre estos mismo tema reflexiona en época posterior sobre otro autor y que Antúnez cita en su *Tractatus* (Vázquez de Menchaca) Torres López M. "La sumisión del soberano a la ley en Vitoria, Vázquez de Menchaca y Suárez" en Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, 1931, vol. IV, pp. 129-134.
- (145) Véase el punto III.3 de este trabajo.
- (146) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pag. 188.
- (147) Id., L., C., tomo I, pag. 192.
- (148) Id., L., C., tomo I, pag. 201.
- (149) Id., L., C., tomo I, pag. 203.
- (150) Id., L., C., tomo I, pag. 204.
- (151) Id., L., C., tomo I, pag. 231.

- (152) Perez-Prendes J.M.  
 "Contractus sufragii" en R.E.D.U.M. 7 (1960), pp. 135-147.
- (153) Antúnez de Portugal D.  
 Op.cit., tomo I, pág. 233.
- (154) Sobre este tema dado que nuestro autor resume muy brevemente hay que ver: Tomás y Valiente F.  
 "La venta de oficios en Indias (1492-1606)", Madrid 1972. Del mismo autor:  
 "Origen Bajo medieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla" en Actas del I Symposium de Historia de Administración, Madrid 1970, pp. 125-159.  
 "La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (siglos XVII y XVIII)" en Revista de Historia de Instituciones y Derecho, Sevilla 1975, pp. 527-546.
- (155) No son especialmente reveladores los datos, muy conocidos que Antúnez aporta. Sobre la historia de las universidades portuguesas cfr. Verissimo Serrao J., "Universidades" en "Verbo, Enciclopedia Brasileira de Cultura", vol. XVIII, Lisboa 1976, cols. 459-466, así como la síntesis y bibliografía al respecto que el mismo autor aporta en su

"Historia de Portugal", op.cit., vol. I, pp. 227 y ss. En todo caso, lo único que cabe destacar es que la fuente principal de información y de criterio en esta cuestión para Antúnez es Benedicto Pereira, en "Evora fue fundada Universidad por el rey Enrique", 1512-1560.

(156) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 331.

(157) Id., L., C., tomo I, pág. 332.

(158) Verissimo Serrao J.

"Historia de Portugal", cit., vol. I, pp. 151-152 y 195-198.

(159) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 333.

(160) Id., L., C., tomo I, pág. 334.

(161) Id., L., C., tomo I, pág. 334.

(162) Id., L., C., tomo I, pág. 335.

(163) Id., L., C., tomo I, pág. 335.

(164) Véase nota sup. (158). Del mismo autor cit. pág. 197.

Vease tambien Perez-Prendes J.M.

"Sobre proyecto de reforma monetaria de 1651" en  
Anuario de Historia Económica y Social 1 (1968)  
pp. 293-305.

(165) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 13.

(166) Id., L., C., tomo II, pág. 74.

(167) Id., L., C., tomo II, pág. 75.

(168) Id., L., C., tomo II, pág. 76.

(169) O.P. 2, 26, 8.

(170) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 14.

(171) O.P. 2, 26, 9.

(172) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 61.

(173) Pastor de Tognery R.

Op.cit., pág. 42.

(174) O.P. 5, 88, 1.

(175) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo II, pág. 72.



(176) Id., L., C., tomo II, pág. 73.

(177) O.P. 2, 26, 16.

(178) O.P. 2, 26, 20.

(179) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo II, pág. 27.

(180) Id., L., C., tomo II, pág. 103.

(181) O.P. 2, 20, 17.

(182) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pág. 395.

(183) Id., L., C., tomo I, pág. 405.

(184) Id., L., C., tomo I, pág. 265.

Sigue en este punto el autor a Maestrillo, D. Garsia, "Tractatus de Magistratibus ... quibus accessit comentarius iusdem Authoris ad Indultum generale, Catholici Philippi III regi Potentissimi beneficio sicialiae Regno concessum". Vanettis 1667, pág. 292.

(185) Véase Tomás y Valiente F.

"El derecho penal de la Monarquía Absoluta (XVI, XVII y XVIII)", Madrid 1969, pp. 394-395.

También del mismo autor:

"El perdón de la parte ofendida en el Derecho Penal castellano, siglos XVI, XVII y XVIII" A.H.D.E. 31 (1965).

- Rodríguez Flores I.

"El perdón-real en Castilla", Salamanca 1971, en especial en cuanto a los requisitos del perdón regio, pp. 116-165.

(186) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 269.

(187) Id., L., C., tomo I, pp. 295-305.

(187 bis) Meréa, M.P.

"Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do *mare clausum*" en "Novos estudos de Historia do Direito", Barcelos, 1937, pp. 19 y ss.

(188) Vitoria F. de

"Relecti de potestate civili" Ed.Bac. Madrid 1960

(189) Sobre esta polémica y su valoración en el contexto de las doctrinas y las políticas llevadas a cabo realmente, cfr. Fahl, G. "El principio de la libertad de los mares. Práctica de los Estados de 1493 a 1648", Madrid 1974.

(190) Vazquez de Menchaca F.

"Controversias fundamentales", Ed. de Rodriguez  
Alcalde F., Valladolid 1934, vol. IV, pp. 426-428:

« Ex † quibus apparet quam suspecta sit sententia  
eorum quos supra um. 4, retulimus, existimantium  
Genuenses, aut etiam Venetos posse non injuria  
prohibere alios navigare per gulfum aut pelagus  
sui maris, quasi aequora ipsa praescripserint, id  
quod non solum est contra dict. 1. quod in  
littore, ff. de acquirend. rerum domini. leg.  
fina. in princip. ff. de usucapionib. §. flumina,  
verb. omnibus, institu. de rerum division. 1. si  
quisquam, ff. de divers. & temporalibus  
praescription. leg. sane si maris, ff. de  
injuriis, sed etiam est contra ipsum jus naturae,  
aut gentium primaevum, quod muatri non posse  
diximus. Quod sit contra illud jus constat, quia  
non solum maria, aut aequora eo jure communia  
erant, sed etiam reliquae omnes res immobiles, † &  
licet ab eo jure postea recessum fuerit ex parte,  
puta quoad dominium & proprietatem terrarum,  
quarum dominium jure naturae commune, distinctum &  
divisum, sicque ab illa communione segregatum  
fuit, 1. ex hoc jure, ff. de justit. & jure, §.  
jus gentium, & §. jus autem gentium, institu. de

jure naturali, tamen diversum fuit, & est in dominio maris, quod ab origine mundi ad hodiernum usque diem est, fuitque semper in communi, nulla ex parte immutatum, ut est notum, † & quamvis ex Lusitanis magnam turbam saepe audiverim. in hac esse opinione, ut eorum rex ita praescripserit navigationem Indici occidentalis ejusdemque vastissimi maris, ita ut reliquis gentibus aequora illa transferate non liceat, & ex nostrismet Hispanis vulgus in eadem opinione fere esse videatur, ut per vastissimum immensumque pontum ad Indorum regiones, quas potentissimi reges nostri Hispaniorum subegerunt, reliquis mortalium navigare, praeterquam Hispanis jus minime sit, quasi ab eis id jus praescriptum fuerit, tamen istorum omnium non minus insanae sunt opiniones, quam eorum qui quoad Genuenses & Venetos in eodem fere somnio esse adsolent, quas sententias ineptiri, vel ex eo dilucidius apparet, quod istarum nationum singulae contra se ipsas nequeunt praecribere, hoc est, non respublica Venetiarum contra semetipsam, non respublica Genuensium contra semetipsam, non regnum Hispanorum contra semetipsum, non regnum Lusitanorum contra semetipsum, leg. sequitur, §. si viam, ff. de

usucapion. §. sic itaque. institut. de action. esse enim debet differentia inter agentem, & patientem, ut dictis juribus, & l. cum filio ubi multa per Barto. & Jasonem, ff. de legatis l. 1. † Contra reliquas vero nationes longe minus praescribere possunt, quia jus praescriptionum est mere civile, ut fuse ostendimus supra part. 1. principali, quaestio. 3. & 4. ergo tale jus cessat, cum res agitur inter principes, vel populos superiorem non recognoscentes in temporalibus. Jura enim mere civilia cujuscumque regionis, quoad externos populos, nationes vel etiam homines singulos, non magis est in consideratione, quam si revera non esset tale jus, aut unquam fuisset, & ad jus commune gentium primaeum vel secundarium recurrendum est, eoque utendum, quo jure talem maris praescriptionem & usurpationem admissam non fuisse unquam constat, ergo &c.»

(191) Mateos, F.

"Bulas portuguesas e españolas sobre descubrimientos geográficos", en Congreso Internacional de Historia dos Descubrimientos, Lisboa, 1961, 90 págs.

El mejor trabajo sobre el tema, juntamente con el de Dewitte, Ch.M. "Les bulles pontificales et l'expansion portugaise au XV siecle" en Revue d'Histoire Ecclesiastique, 48 (1953), 49 (1954), 51 (1956) y 53 (1958).

(192) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 347.

(193) Id., L., C., tomo I, pág. 348.

(194) Id., L., C., tomo I, pág. 348.

(195) Id., L., C., tomo I, pág. 349.

(196) Id., L., C., tomo I, pág. 355.

(197) En realidad Antúnez pretende reducir a tres las cinco condiciones de guerra justa en Baldo; pero nos permitimos nosotros introducir la distinción "Condiciones/elementos", que de esa forma no aparece contrapuesta en Antúnez de modo expreso; para recoger mejor su pensamiento.

(198) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 356.

(199) Id., L., C., tomo I, pág. 356.

(200) Id., L., C., tomo I, pág. 357.

- (201) Vitoria F.  
Op.cit., pág. 17.
- (202) Ciceron  
Op.cit., pág. 87.
- (203) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pág. 359.
- (204) Sigue a este respecto Antúnez la idea de F. de Vitoria que como sabemos está influenciado en este punto por la idea de Santo Tomás. Al respecto son enormemente interesantes las reflexiones llevadas a cabo por el prof. Torres López, M., en "La doctrina de Santo Tomás sobre la guerra justa y sus influencias en Francisco de Vitoria" Anales de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Granada 4 (1928) pp. 5-26.
- (205) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pp. 358-359.
- (206) Id., L., C., tomo I, pág. 357.
- (207) Id., L., C., tomo I, pág. 360.
- (208) Alburquerque, R. de  
"As represalias. Estudo de historia do direito portugues (secs. XV e XVI)" Lisboa 1972, 2 vols.

Sobre Antúnez principalmente vol. I, pp. 456 y 457, aparte de otras menciones más reducidas a la mera cita de algún pasaje.

(209) Antúnez de Portugal D.

Op.cit., tomo I, pág. 361.

(210) Id., L., C., tomo I, pág. 362.

(211) Id., L., C., tomo I, pág. 363.

(212) Id., L., C., tomo I, pp. 364-365.

(213) Id., L., C., tomo I, pág. 369.

(214) Existe una amplia bibliografía portuguesa sobre el

*padroado* regio que no es del caso señalar aquí.

Por lo que a las circunstancias políticas que

forman el encuadramiento externo del momento en

que Antúnez escribe, cabe recordar que fundada en

1622 la Sagrada Congregación *De Propaganda Fide*,

hasta 1640 las relaciones con Roma fueron buenas en

cuanto se hacían a través de los reyes españoles,

pero desde esa fecha hasta que se firma el Tratado

de Paz con España en 1668 las relaciones entre la

Congregación y el *Padroado* cambiaron de signo.

Poco después de 1668 se suscitaron conflictos

diversos entre Roma y Portugal por las misiones de

Oriente que actuaban en diócesis de *Padroado*

portugués. Ese es el ambiente en el que escribe



Antúnez de Portugal que no cesaría hasta que, en 1823, el breve *Multa preclarae* extinguió el patronato en las tierras de soberanía portuguesa. Cfr. Mateos, F.; "Bulas portuguesas y españolas sobre descubrimientos geográficos", Lisboa 1961, y Da Silva Rego, A., "O Padroado português do Oriente e a sua historiografia (1850-1950)" en Actas do Colóquio: A Historiografia Portuguesa de Herculano a 1950, Lisboa, 1978 (brevíssimo resumen) y Sorge, G., "Il Padroado Regio e la S. Congregazione De Propaganda Fide, nei secoli XIV-XVII", Bolonia, 1965, obra sobre la que deberán tenerse en cuenta la serie de precisiones que le formula García y García, A., en el A.H.D.E. 56 (1986) pp. 1138-1139.

(215) Morongiu, A. Op.cit.

(216) Antúnez de Portugal D.  
Op.cit., tomo I, pág. 419.

(217) Véase:

- López Ortiz, F.J.

"El regalismo indiano en el gobierno eclesiástico-pacífico de don Fray Gaspar de Villaroel", Madrid 1947.

- Egaña, A. de

"La teoría del regio Vicariato español en India"  
en *Analecta Gregoriana*, Roma 1958.

- Alonso, S.

"El pensamiento regalista de Francisco Salgado de  
Somoza (1595-1665). Contribución al estudio del  
regalismo español", Salamanca 1973.

(218) Sobre esta cuestión debe verse "Relaciones  
Iglesia-Estado en la formación del Estado Moderno.  
El Real Patronato. Aportación para un estado de la  
cuestión" en "Etat et Eglise dans la Genese de  
l'Etat Moderne", Madrid 1986, pp. 250-255.

(219) Torres Lope, M. indica en su trabajo sobre "Las  
iglesias propias" cómo son el origen de este  
derecho:

"La doctrina de las iglesias propias en los  
autores españoles" A.H.D.E. 2 (1925), pp. 403-461.

"El origen del sistema de iglesias propias"  
A.H.D.E. 5 (1928), pp. 82-217.

(220) Véase también al respecto Pérez-Prendes J.M.

"La mujer en el Derecho público medieval  
castellano-leonés" en "La Condición de la Mujer en  
la Edad Media", Madrid 1986, pp. 97-106.

PARTE SEGUNDA

LA DOCTRINA DE LA DONACION EN FERNANDEZ DE RETES'

CAPITULO PRIMERO

HISTORIA LEGISLATIVA DE LA DONACION

EN DERECHO ROMANO

Con un tono e información que resulta moderno Fernández de Retes traza una historia romana relativamente satisfactoria para su tiempo (en cuanto síntesis) de la donación, contemplando en ella tres momentos básicos que la vertebran: la normativa de la *Lex Cincia* y las dos reformas de Antonino Pío y Constantino.

#### I.1. LA LEX CINCIA

Esta *lex* como es sabido vino a introducir una mayor moderación en las donaciones. Los comentarios a ella nos son conocidos hoy además de por las vías que utilizó Fernández de Retes, por los *Fragmenta Vaticana* (1). Los debates sobre el plebiscito llamado *Lex Cincia* por el nombre del tribuno Cincius Alimentus (que lo propuso en el año 204 a. de J.C.) no podían ser conocidos por Fernández de Retes en la versión de los fragmentos del Vaticano pues como se sabe, fueron Mai y Bluhme quienes

los descubrieron y publicaron, en la primera mitad del siglo XIX, y más tarde Detlefsen y Mommsen los reeditaron de nuevo. En consecuencia sólo aborda Ferrández de Retes la exégesis con la que Ulpiano trató de explicar sus pasajes más oscuros, en la medida en que, de una parte, recibe a Ulpiano a través de los *Digesta* y, de otra, la normativa imperial según el *Codex Iustinianus* y *Codex Theodosianus*, esto no impide que siga hoy conservando interés el análisis de nuestro autor, ya que en este tema, si los *Fragmenta Vaticana* recogen *leges* y *ius* se trata de textos que en su gran mayoría fueron hábilmente utilizados por Fernández de Retes por las otras vías antes señaladas (2), como queda patente cuando se compara su estudio con el moderno trabajo de BUSSI sobre las donaciones en el Derecho romano antiguo y en el clásico que, como se sabe, apareció en 1935. A este respecto cabe señalar que la ignorancia, real o desdeñosa (no puedo detenerme a indagar esa cuestión ahora, ni es muy relevante) que BUSSI muestra acerca de las sugerencias de Fernández de Retes, no deja de ser injusta.

Señala en primer lugar cuáles eran las similitudes con la *Lex Iulia* en referencia a las *leges Iulia* y *Papia Poppaea* de la cual como se sabe, no conocemos su texto y como es lógico Retes utiliza los comentarios conservados

de Ulpiano. Es curioso que no cite una obra contemporánea a él, la de Ramos del Manzano, *Commentarii et Reliquationes ad Legem Iuliam et Papiam Poppaeam* (3). En esta ley Julia se permitía donar no sólo ante el magistrado a los parientes consanguíneos en lo que la Lex Cincia es igual y pretendía moderar las donaciones efectuadas a los hijos. Discrepa Fernández de Retes de la interpretación de Cujacio según la cual la Lex Cincia permitía a los maridos donar a sus esposas, apoyándose en que según la costumbre romana están prohibidas las donaciones entre los esposos (4), y sí afirma al contrario que si la Lex Cincia establecía algunos supuestos en los cuales el marido podría otorgar donación a su esposa, ello ocurre por respetar ciertas situaciones concretas que eran excepciones a la regla general. Así señala como ejemplo de tales excepciones un texto de Pomponio según el cual un hombre en el día de su cumpleaños o en las calendas de Marte, fiestas dedicadas a las matronas, podía donar a su mujer sin limitaciones. Aunque la Lex Cincia trató de ser respetuosa con estas donaciones excepcionales dotadas de base en la tradición, creyó oportuno establecer ciertos límites cuantitativos para que no fuesen exageradas, y así estableció que no se pudiera donar más allá de doscientos aureos (5).

Discrepa también Retes de Modestino acerca de la Lex Cincia en lo que se refiere a su intención y efectos para controlar la usura cuando afecta a grandes cantidades. Mantiene el español que no es así, pues la usura pertenece al género de la coacción y no a la que se apoya en la liberalidad, lo que le lleva a señalar que no ya la devolución sino el perdón de lo adeudado (donación liberatoria) no pertenecen de suyo a los negocios jurídicos regulados por esta ley (6).

Coincide en cambio con las alabanzas de Ulpiano y Cujacio a la Lex Cincia en lo referente a que las donaciones en exceso sean rescindidas y vuelvan a su donante.

Estudia Retes en la Lex diversas formas de donación, señalando que hay en ella atención y huella hacia otras vías legales de donación que las que se llevan a cabo de acuerdo con la tradición o para transmitir el derecho de propiedad. Señala nuestro autor, que si bien la cesión es una simple transferencia de mano a mano según la tradición, como el Derecho introduce en ese dar algo la presencia de un magistrado, por la cesión se pueden donar válidamente acciones y demás cosas incorporales y no sólo las materiales como las tierras o las partes de una herencia. También



existe en la Lex Cincia la distinción entre donaciones de *facto* y de *iure*: las primeras no serían válidas de otra forma que si son entregadas de forma singular, es decir, de una en una. Para Fernández de Retes de esa forma la Lex quiso suscitar dificultades a la donación para que el donante fuese prudente, pudiese aplicar un freno el que bajo el nombre de la liberalidad tuviera tendencia excesiva a dispersar sus bienes. Cuando la donación se efectúa conforme a Derecho, el donante puede reclamarla, es suficiente para ello que la cesión sea absoluta y universal (7).

Concluye Retes este punto subrayando que si la Lex declara nulas las donaciones que no se ajustan a la forma que en ella se establece e igualmente prohíbe las donaciones excesivas, sin embargo (como tantas veces nos han recordado todos los romanistas) es una *lex imperfecta*, que prohíbe el exceso en la donación estableciendo un *maximum*, mas no establece una sanción para quien contraviene esa norma (8).

## 1.2. LA REFORMA DE ANTONINO PIO

Fernández de Retes se refiere a las modificaciones realizadas por Antonino Pio, modificaciones que afectaron a las donaciones efectuadas bajo promesa, es decir, a las promesas que se realizan de forma solemne y que más tarde Justiniano ampliará a las simples promesas. Sostiene Retes el principio de "ut non totum, quod habeat extorquendum sit, sed ipsarum ratio habenda sit, ne negeant" (9). Por tanto entiende que al donante obligado por promesa no se le puede dejar sin lo suficiente para atender debidamente a su sustento por vida. Se trató con esta norma de asegurar al donante que conserve un patrimonio suficiente para su sustento, pese a haberse comprometido con los donatarios a consecuencia de su liberalidad. Elogia esta ley en cuanto permitía que si se realizaba totalmente lo prometido y el donante quedaba en la pobreza a causa de

su liberalidad se le concedía el privilegio de reclamar y retirar de lo donado lo que fuere necesario para sufragar su indigencia. Incluso se le reconocía el derecho a recibir de los donatarios lo necesario para su alimento, cuando hubiese quedado en situación de miseria a causa de ejercer excesivamente su liberalidad, y ello tanto si el empobrecimiento se produce en ese mismo momento o después de un tiempo. Fundamenta Retes su criterio con la observación de que el que niega a su benefactor lo necesario para vivir, cuando está necesitado de ello peca de ingrato; si llegara el caso la donación podría anularse completamente. Ello implica que la ley establecía la posibilidad de que el donante pueda obtener de forma legal y libremente lo necesario para sufragar su sustento con cargo a los bienes del donatario. Con consecuencia, quien promete dar algo por liberalidad, aunque se reafirme en su intención, sólo debe cumplir su promesa en cuanto le sea posible.

Tal privilegio concedido al donante cesa en cuanto a sus herederos y no sólo en referencia a los hijos, sino a cualquiera que pudiera recibir la herencia. No obstante la ley acepta la posibilidad de que no se aplique ese privilegio en cuatro situaciones al menos: Primera: Cuando el donante, para impedir que el donatario adquiriera el objeto de la donación, se finja

indigente ocultando los bienes que posee mediante engaño. Segunda: Cuando a causa de la naturaleza de la donación se exige actuación judicial del donatario contra el donante, que tiene la posesión de la donación. Tercera: Cuando se dona un fundo transmitiendo su dominio pero reteniendo la posesión, en este caso el donatario, basándose en el régimen de la propiedad en derecho civil, podrá reclamar con éxito el fundo al poseedor donante aunque éste alegue en su favor el privilegio que consideramos (10). Cuarta: Cuando el donante que quiera donar a favor de alguno, ve que el donatario es subrogado por otra persona ante quien ese donatario se obligó por promesa para ello; surge la duda de si el donatario surgido de la subrogación ha de estar de acuerdo con ella la restitución por necesidad y está obligado en firme a respetarla. Para Retes el sentido de la legislación romana establece que está obligado también al privilegio del donante, el beneficiario de esta donación indirecta y queda reservado para el donante el privilegio de retener, de lo donado, lo necesario para su sustento como estaba acordado con el donatario subrogado.

Añade nuestro autor otro supuesto: Cuando por motivo de una donación se produce la desheredación de un hijo o se olvidan los derechos justamente reclamados por

alguien, los afectados se convierten en acreedores y quien resulte ser su deudor tiene la obligación de ayudar a su mantenimiento. Si se produce un aumento en el número de acreedores, disminuirá la posibilidad material de ayuda por parte del deudor para la alimentación de aquellos y en esos casos de necesidad pueden los acreedores reclamar lo debido. Sostiene Retes que la normativa romana que estudia, obligaba primero a deducir cuanto fuese necesario para atender a tales supuestos, quedándose el donatario únicamente con el resto (11).

Cierra su análisis Retes con el examen de otra modificación antoniniana que afecta a las donaciones entre padres e hijos que son declaradas válidas por la simple voluntad del padre y que más tarde así fue establecido por Justiniano. De lo que se deduce que los padres pueden otorgar todo su patrimonio a sus hijos, sólo con tener voluntad de ello, esto no estaba en la Lex Cincia y supone un privilegio para este tipo de donación (12).

### 1.3. LA REFORMA DE CONSTANTINO

Es conocido que Constantino está considerado como el que más reprimió las generosidades y los demás emperadores atenuaron enormemente su rigor para que la capacidad de donar quedara en un discreto punto medio. Para situar su tratamiento de las donaciones (igual que el de Antonino Pío) hay que recordar siempre que la Lex Cincia jamás fue abolida, por lo menos de manera formal, lo cual no implica que no se modificara dado los cambios que se dan a lo largo de los distintos periodos en el régimen legal de la transmisión de la propiedad.

Fernández de Retes subraya cómo Constantino mantuvo la norma de la Lex Cincia referente a que la donación de bienes no se realice más que si se entregan éstos de uno en uno y que se levantara acta de la donación con el nombre del donante y del donatario así como del patrimonio donado, exigiendo que se convocara a los

vecinos y testigos para que luego pudiesen testimoniar sobre el hecho. Igualmente se estableció que cualquier donación, por pequeña que fuese, se formulase ante el juez y en forma pública y no sería válida si el donatario no la aceptara expresamente.

La larga Constitución de Constantino sobre todas estas materias que nos ha llegado por el doble camino de los *Vaticana Fragmenta* 249 y el *Codex Theodosianus*, sólo fue usada por Fernández de Retes para su exégesis según el texto del *Codex Theodosianus* (13) y sobre él establece como eje de la reforma los siguientes caracteres:

1. Se mantiene la Lex Cincia en cuanto a la entrega y toma de posesión de los bienes de uno en uno.
2. Se levantara acta de la donación ante testigos.
3. Debe ser planteada y publicada ante el juez.
4. No sería válida sin la aceptación expresa por parte del donatario.

La construcción hecha por Constantino fue en parte seguida en otras constituciones de sus sucesores pero también en parte fue modificada, así en concreto como

subraya nuestro autor el mismo código teodosiano recoge la posterior supresión del requisito de la aceptación por parte del donatario (14).

Cualquier manual de Derecho romano de nuestros días, señala la importancia de las reformas justinianas en tema de donación y apenas cita y desde luego subraya poco las normas constantinianas. No es este el criterio de Retes para quien el eje histórico esencial de la donación romana estuvo constituido por la *Lex Cincia* y las leyes de Antonino Pío y Constantino, valorando a Justiniano, más que por su propia construcción del instituto, por el papel que pueda jugar en función de la regulación de Constantino y en consecuencia introduce algunas menciones a Justiniano, al concluir su estudio de la constitución de Constantino, señalando brevemente que Justiniano dispuso la no necesidad ni de la redacción por escrito de la donación, ni la tradición o mancipación, pero si la insinuación o registro en los *gesta municipalia*, que es imprescindible para toda donación que exceda de quinientos sueldos. Sin mayor estudio añade que Justiniano otorga valor a la simple promesa y da acción para pedir la ejecución (15). Quizá lo más interesante que en este punto señala Fernández de Retes sea la vinculación justiniana de la legislación de Alfonso X en todo lo referente a esta materia excepto



en el punto en que se afirma que las donaciones en favor de una iglesia, un hospital o un lugar sagrado no precisan el requisito de la insinuación (16).

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO. NATURALEZA. EXCESO Y CAUSA  
DE LAS DONACIONES

## II.1. CONCEPTO DE DONACION

Es habitual que los autores que estudian esta institución, traten de elaborar una definición de la misma recurriendo a la etimología del término dare y relacionándola enseguida con la llamada virtud de la liberalidad. Antiguos y modernos, coinciden prácticamente todos los autores en esa técnica, de forma que la liberalidad viene a ser una característica imprescindible para hablar con verdadera propiedad de donación. En ese contexto se sitúa también Fernández de Retes, que se apoya en la definición dada por Aristóteles sobre la liberalidad, recogida por Santo Tomás y cita textualmente "Virtus, quae moderatur amorem pecuniae, et reddit nos faciles, et promptos ad eum expendam gratuito, quando ratio dictat" (17). Ahí fundamenta la tesis de que la virtud de la liberalidad va unida a la idea de la

libre disposición de la riqueza de forma honesta y moderada.

Considera Retes que el origen de tal virtud se refleja adecuadamente en la definición recogida en las Partidas: "Do nación es un bien fecho, que nace de nobleza, e bondad de corazon" (18). Es más que evidente para Fernández de Retes que la liberalidad proviene de aquel que dona de buen grado, pero el exceso en ella le parece censurable y matiza señalando que, al igual que el resto de las virtudes, también puede adolecer de dos vicios contrapuestos; uno por defecto que puede dar origen a la avaricia y otro, por exceso, con el que se puede llegar a la prodigalidad. Critica ambos extremos señalando que si la avaricia supone un amor desenfrenado a los bienes propios y ello no contribuye a la mejor convivencia entre los hombres, en contraposición a la avaricia aparece la prodigalidad que no es otra cosa que el efecto de que el dueño en abundancia de fortunas y riquezas no las encamina a un fin adecuado de un modo debido (19).

Establecido este prolegómeno Fernández de Retes, elabora una definición de donación analizando la palabra griega *δοσιν*, voz que para los griegos significaba palma denominando por extensión *δοξα* a los regalos que se

entregan con la mano, por referencia a la palma de ella y dado que la mano es símbolo directísimo de las donaciones y de ahí la utilización de ese término (20).

Para Fernández de Retes la palabra *donum* (don) es un término genérico que significa cualquier donación hecha de un modo liberal, mientras que el término *munus* (regalo) de origen oscuro, quizá sanscrito, pero que él califica como germánico le parece que más bien es un don más específico que encierra una donación hecha por alguna causa, aunque de suyo ese término es notoriamente polisémico y ese rasgo no podía pasarle desapercibido, la verdad es que enfatiza en la significación señalada.

Sobre esas bases, Retes define como donación perfecta a aquella que se hace de algún bien propio, con decisión de la voluntad para cambiar algo de dueño, irrevocablemente y ejerciendo la liberalidad. El propio autor que estudiamos pone de relieve que en realidad acepta, con alguna revisión, el concepto de otros autores como Cujacio, Pichardo, etc. (21)

El concepto escogido encierra la necesidad de desarrollar una serie de requisitos de cuya existencia depende que se pueda afirmar que existe una verdadera donación. Inicialmente cita tres; irrevocabilidad, cambio de dueño y liberalidad, pero algo más adelante

añadira un cuarto, la buena fe, con ocasión de estudiar la donación de los bienes ajenos y advierte que ese tipo de donación si está hecho de buena fe sería válido en cuanto al *animus*, pero inválido formalmente.

De acuerdo con el derecho civil romano y apoyándose en la *Lex Cincia*, enseña Retes que la donación se realiza mediante cesión de un sujeto a otro de su derecho subjetivo sobre algún bien. En ese ordenamiento jurídico se llama *in iure cessio* a la que se realiza en presencia de un magistrado revestido de autoridad y en la que el donante cede todo derecho que tenga sobre la cosa al sujeto a quien quiere hacer la cesión o donación, de forma que con tal fórmula de transmisión se puede trasladar y por tanto donar no sólo la propiedad de las cosas materiales, sino también aquellas cosas inmateriales cuyo derecho es susceptible de ser transferido por medio de ese tipo de cesión; por ejemplo derechos reales limitados como los de vivienda, cultivar los campos etc. Pero si uno ofrece a otro librarle por generosidad de un pago que le debía no se puede decir que *donna* sino que *condona*. Retes afirma que en tal caso, propiamente no hay materia sobre la que pueda hacerse donación y con ello reduce la trilogía de las donaciones, real, obligatoria y liberatoria a sólo las dos primeras, eliminando la segunda (23).

## II.2. NATURALEZA DE LA DONACION

Se ha puesto ya de manifiesto que la idea de Fernández de Retes es el mantener un concepto restringido de donación en el sentido de una dación absolutamente generosa y en consecuencia no se podría hablar con relación a ella de pacto ni de contrato. Los argumentos que aplica para llegar a esta conclusión son los siguientes (24):

a) La virtud de la generosidad tiene como primer motivo poner límite a las riquezas y la donación es el acto por el cual esta virtud se realiza. Su motivo es practicar la munificencia y no tiene en cuenta los méritos del donatario, aunque los presuponga. No es un contrato hablando en general, pues en este se necesita la coincidencia de intención de las partes y para nacer necesita desde el principio la simultaneidad del concurso de ambas voluntades. Pero la donación en

cuanto que es propia de la generosidad depende en definitiva de forma inicial de la prioritaria y solitaria intención y voluntad de acción del donante, y así no sería donación la que se da a cambio de algo, por ejemplo la cantidad que se paga por proporcionar alimentos o la que se paga por la libertad de un esclavo pues en casos como esos se estaría mezclando el negocio con la virtud de la liberalidad y esa contaminación elimina la naturaleza esencial de la verdadera donación.

b) Tampoco admite Fernández de Retes la doctrina que califica a la donación de contrato innominado y enseña que es preciso distinguir entre las donaciones puras o auténticas y otras clases híbridas de negocios jurídicos que en realidad no son verdaderas donaciones o al menos no lo son en el sentido más puro de la palabra (liberalidad). Alega para ello tres razonamientos principales.

En primer lugar la donación que se inicia en una promesa no es propiamente donación (como se dice en el apartado III.1) sino que es una declaración generosa que según textos del Digesto no es igualmente eficaz en Derecho que si se hubiera celebrado por medio de una *stipulatio*. En este caso estaríamos a presencia de un contrato de estipulación al que la generosidad



proporciona el motivo, pero es claro que el negocio jurídico no podría ser llevado a efecto, ejecutado, a no ser que estuviera protegida por la estipulación (25). En realidad Retes utiliza aquí argumentos de Cujacio que también afirmaba que en este caso si la causa es la generosidad, la forma es el contrato.

En segundo lugar la donación hecha con límite, que incluye en ella un negocio, se considera un contrato y no una verdadera donación.

En tercer lugar Retes considera una ampliación excesiva que los emperadores entiendan o afirmen que, al hacer una donación realizan un contrato, y por ello, para él no es argumento suficiente tal forma de manifestarse para mantener la idea de que la simple donación es de por sí un contrato, pues realmente en ninguna constitución imperial se dice que la donación sea un contrato sino que es algo que se supone por algunos en una extensión abusiva de los conceptos.

### II.3. EL EXCESO DE PRODIGALIDAD

La doctrina de Fernández de Retes en este punto es muy clara. La prodigalidad es lo opuesto a la generosidad. Se le enfrenta por exceso y todos los actos por sí mismos pródigos deben de suyo ser anulados por derecho. La donación es una dación generosa, que exige por su naturaleza un límite y una reflexión, rasgos de los cuales la generosidad está necesitada. Aunque Retes cita mucho a Cujacio (25), en este punto se aparta de él en cuanto el francés opina que las donaciones de todos los bienes son válidas de acuerdo con la legislación romana. Retes muestra su discrepancia en este punto y como hace muy habitualmente su argumentación para zanjar la cuestión se remite al derecho castellano-leonés, citando la versión romance del *Liber iudiciorum* visigótico, el Fuero Juzgo, donde se dispone: "Otro si mandamos que si alguno ficiere donacion de todo lo que

hobiere: mager, que no haya fijos, no val. E fijos  
 hobiere o nietos o de ayuso, non pueda dar mas de su  
 quinto. E si por ventura mas diere, la donacion non  
 vala en aquello que demás e vala en aquello que pueda  
 dar" (26). Señala nuestro autor la coherencia de esos  
 preceptos con un texto mucho más tardío, la ley 69 de  
 Toro que nos dice de forma clara y contundente que  
 "ninguno pueda facer donacion de todos sus bienes,  
 aunque la faga solamente de los presentes"; ley pos-  
 teriormente recogida en la Nueva Recopilación (27).  
 Retes advierte una diferencia entre la ley del Fuero y  
 la ley de Toro, en la primera se rechaza la donación  
 sólo en exceso, bien porque fuera inoficiosa contra los  
 hijos, bien pródiga o de todos los bienes, como  
 claramente se deduce de las palabras: "e vala en  
 aquello que pueda dar", que referidas a los dos casos,  
 en ambos se condena sólo el exceso de generosidad de  
 manera que sea válida en una cantidad no excesiva.  
 Estas palabras segun Retes, por más que sean completa-  
 mente conformes a la equidad natural, que restringe las  
 efusiones pródigas, en cuanto que pródigas no se repiten  
 en la Ley de Toro, incluso en ella se decreta que la  
 donación siempre será nula; y la razón es que la  
 donación se condena en su totalidad y no se halla un  
 motivo = una cantidad fijada por ley, de manera que sea

válido en una situación o por una cantidad determinada y más allá no valga, además sería trabajoso y daría pie a innumerables pleitos tener que indagar con la sutileza judicial y la decisión que dicta la ley que en qué medida podría abarcar la repetida donación. Cita en este punto también los argumentos de Antonio Gómez coincidentes con la propia idea del autor, es más hace referencia diversas sentencias dadas por la Audiencia de Granada en las que se rescinden en su totalidad donaciones (así por pródigas e irreflexivas) contrarias al modo señalado en la ley 69 de Toro. Pero si el que donó guardó para sí un usufructo de sus bienes suficiente para alimentarse y una cantidad adecuada para emplearla en sus últimas voluntades, en beneficio de su alma, la donación que otorgase, en cuanto realizada de forma reflexiva y juiciosamente entiende Retes que debe ser válida (28).

#### II.4. LA CAUSA EN LA DONACION (DE DONATIONIBUS AB CAUSA)

La donación por causa supone un tipo de donación en el cual el donante otorga el bien de modo que vuelva de nuevo a él, ya sea por un acuerdo establecido y una condición propuesta, ya sea por un caso previsto y convenido al principio de la donación y que luego puede o no darse. Si bien en este tipo de donaciones parece que no existe una dación irrevocable como sostenía Fernández de Retes en su concepto de donación pura y simple, no obstante admite que una donación puede aceptar formas, motivos, condiciones y plazos y que en cualquier modulación de éstas se puede mantener a salvo la naturaleza esencial de la donación. Así pues, para él la donación hecha con un límite, al punto comienza a tener validez, el que la acepta está obligado a cumplir con este límite aunque en algunas ocasiones por tales vías se añade un negocio a la donación, así ocurre

cuando por ejemplo, se dona un esclavo con la obligación de manumitirlo a los cinco años (29).

Para sortear ese escollo quizá lógico por la rigidez de su concepto de donación, admite Fernandez de Retes que hay realmente dos causas, una implícita y otra explícita. La primera sería la generosidad (recordemos su carácter de rasgo básico) y la explícita el negocio. Tal matización permitiría que el donante pueda pleitear para que el donatario cumpla la palabra dada. No hay duda que el donatario puede verse obligado por el donante a que cumpla la forma, pero debe discutirse con cuidado dice Retes (30) si al donante le corresponde la reclamación o reivindicación del objeto en caso de que el donatario no haya acatado la forma, condición o acuerdo. En primer lugar se puede admitir que, antes de finalizar el plazo prescrito para el cumplimiento de la forma, no se puede por cláusula de arrepentimiento, reclamar el objeto o revocar la donación, ya que aunque ésta sea sólo en cuanto al usufructo o a los intereses del tiempo que medie, es en ello completa y no cabe la revocación. En segundo lugar no se puede negar que si ha pasado el plazo previsto y no se ha obtenido el efecto previsto corresponde al donante la reclamación de lo donado. Eso es lo que se denomina *condictionem causa clata, causa no sequuta*; porque en virtud de la mala fe

del donatario la causa esencial, la generosidad, se invierte en algo así como una no-causa y es como si no hubiera existido desde el principio la figura y realidad de la donación.

Matiza Retes que en realidad toda promesa hecha por un motivo generoso, concuerda en esencia con la donación en cuanto a su género, porque es una liberalidad, pero se distingue en la especie, porque no es propiamente dación y por tanto no es de suyo donación. Recoge Retes la legislación de los emperadores Diocleciano y Maximiano que establecía:

"Siempre que una donación se hace de modo que después de un tiempo se restituye a otro lo donado por la autoridad de la antigua legislación está decretado que si aquél a quien se otorgaba no cumplió con lo convenido, correspondía a quien promovió la generosidad o sus herederos demandarlo en un proceso. Pero dado que luego con una interpretación menos severa, los divinos príncipes admitieron que le correspondía a quien no hizo una estipulación, una acción justa a tener de la voluntad del donante, la acción que correspondería a tu hermana si se tratara de asuntos humanos, se te aplicaría" (31)

Para Retes de esta norma sólo se puede deducir que correspondía una querrela práctica a aquél en cuyo favor se dió la forma, lo que autores modernos como Maynz llaman una *utilitis prescriptis verbis actio* (32), pero Fernández de Retes señala cómo no se asegura que el donante no pueda reclamar lo donado bajo condición, en caso de que el donatario no haya acatado la norma. No sería por tanto inadecuado que un tercero vea prosperar su pretensión en virtud de la forma o de la norma establecida en la entrega, si el donante no cambia su intención, o bien el que hace la entrega, pues está admitido el cambio de intención en perjuicio de un tercero. Así pues, la concesión de una acción judicial a favor de un tercero no priva al donante de la posibilidad de revocar la forma y reclamar el objeto.

En relación con este punto, compara Retes el Derecho romano con la legislación castellana (en concreto las Partidas) (33) y señala que su autor se dejó influenciar por la legislación antigua romana, estableciendo que por el derecho mismo la propiedad de lo donado pasara al tercero en virtud de una cláusula establecida en la entrega, se ordenó que se le concediera en alguna circunstancia o plazo. El criterio fue criticado por Covarrubias (como recoge Retes) y para nuestro autor en la misma normativa se dispuso que la



propiedad se consideraría transferida al tercero sin ningún acto de apoderamiento y ello no contradice la dignidad y eficacia de la ley romana, porque, aunque la auténtica posesión se adquiriera por la intención y el acto de la aprehensión, todos los efectos provienen de la norma y en ella se incluyen.

Para concluir este punto Retes examina el supuesto de una causa que se refiere a algún acontecimiento pasado; por ejemplo, cuando se da o dona algo por cuanto el donatario se supone hizo algo en provecho del donante (administró algún negocio de su propiedad, etc) pero luego se conoce la falsedad del dato. Advierte Retes que entonces se pueden producir diversas consecuencias. Si se origina cuando creía el donante que el motivo de donar era ineludible y así resulta que dió para librarse de una obligación que valoró como ineludible en cuanto le ligaba al donatario, resulta que nunca existió generosidad y por lo tanto no hubo donación. Pero si se hace por otro motivo diferente de que el donante lo que pudiese considerarse como una necesidad ineludible, sino que actuó voluntariamente para devolver un favor al donatario (a quien el donante tenía como si dijésemos por acreedor de ese favor) entonces la dación tuvo su origen en la generosidad y por tanto el donante no podría reclamar nada.

### CAPITULO TERCERO

#### NACIMIENTO, VICIOS Y EXTINCION DE LAS DONACIONES

### III.1. LA PROMESA DE DONACION

En esta materia Fernández de Retes es contundente en sus argumentos y deja, sentdo el principio de que:

"Promissio ex causa liberalitatis facta non est vere, proprie contio" (34), aunque la promesa se adecúe con la donación en la razón genérica (porque es un acto de generosidad) pero no se acomoda en la específica, puesto que no es una dación. Nuestro autor en concordancia con la ciencia en general del Derecho común entiende que una promesa hecha por generosidad no se hace válida de otra forma que pronunciándose por medio de una *stipulatio* solemne. En esta promesa hay que distinguir la causa y la forma; la causa es el ánimo generoso de quien quiere verse obligado a otro sin recibir ninguna recompensa, ganancia o beneficio esperado de él. La forma es la promesa realizada por medio de una estipulación. La generosidad es por si

misma, según el derecho de gentes, causa suficiente para transferir la posesión si le sigue la entrega, pero esa causa justa para transferir la posesión (seguida de la entrega) es también justa para obligarnos a entregar, con la sola condición de que la promesa sea de la clase de aquellas que según el derecho civil romano son eficaces. Luego queda obligado quien promete, por motivo de la generosidad y mediante una solemne estipulación.

Ese efecto de que una promesa hecha por motivos generosos no obligue si no interviene una estipulación solemne y el que obligue eficazmente cuando es celebrada mediante una estipulación no lo atribuye Retes sólo a la *Lex Cincia* sino también a la práctica del foro y el derecho natural (35) y esa idea se ha conservado en algunos romanistas modernos que sin embargo ni citan a Retes ni usan primordialmente sus fuentes, como es el caso, por poner un ejemplo, de Maynz, quien prefiere utilizar las fuentes jurídicas romanas sobre la donación a través de los *Fragmenta Vaticana*, mejor que a través de los *Digesta* y los Códigos que manejara Retes (36).

El jurista salmantino trata de demostrar que una promesa motivada por la generosidad no es real y verdaderamente una donación, pues no puede ésta

entenderse verificada a no ser que algún bien pase a pertenecer a aquél a quien se le dona. Lo que se promete no pasa a pertenecer a nadie por el mero hecho de prometerse, por ello con una sola promesa no se dona. Además, cuando por una promesa anterior se llega a la entrega no se hace ésta por generosidad sino la obligación que precedió, haciéndole a quien da entregar lo que prometió; y lo que se hace porque obliga a ello la ley, ni puede ser una donación, ni puede verse una donación en el acto de entregarse una cosa de referencia (37).

La doctrina de Fernandez de Retes en este tema se puede resumir en las dos siguientes conclusiones. Primera: El que por mandato de otro promete a un tercero, tiene relación con el que manda, no con el tercero. Segunda: Todas las excepciones que afectan al que promete le afectan igualmente si promete a un delegante; y del mismo modo si promete al delegado por causa de donación, esto es a quien el delegante hizo que le prometiera porque queria hacerle donación. Utilizando palabras del propio Retes "el sustituto por causa lucrativa o generosa puede ser rechazado por los mismos motivos por los que pudiera serlo su garante" (38).

### III.2. LA ACEPTACION DE LA DONACION

En términos estrictos, entiende Fernández de Retes la donación hecha deliberadamente es perfecta en el momento con sólo la generosidad (que actuaría así como sólo *animus* eficaz) e incluso antes de que sea aceptada por el donatario. Analiza después la cuestión relativa a cómo debe entenderse el principio según el cual la generosidad no puede imponerse al que no la quiere o se ve forzado con ella (39). En general, nadie puede verse obligado a aceptar un beneficio ni a asumir la obligación que se pueda originar del beneficio aceptado, pero, en particular hay excepciones como por ejemplo libertar un esclavo contra su voluntad, liberar a alguien de una deuda, o de su pena a un condenado a muerte. Para Fernández de Retes sí es justo que los beneficios, que mejoran la condición de la persona no se puedan imponer a los que no los quieren y a cada cual le

es lícito el poder rechazarlos, en cambio aquellos beneficios, como los que hemos enumerado a modo de ejemplo, que lo que realizan es librar a alguien de una miserable y triste condición no se deben de rechazar. El razonamiento que argumenta nuestro autor para sustentar esa tesis es que el ser humano, no nace solo para si mismo sino nace en una comunidad, es un *cives*, y esa comunidad le puede interesar que uno de sus miembros se salve de la muerte o de la condición miserable en la que vive.

Se puede alegar que si el donatario rehusa aceptar la donación la generosidad (y por tanto el *animus*) del donante se queda en nada. ¿Cuándo se produce realmente ese efecto negativo?. Retes señala que no existe en la pura y simple donación, que con la entrega del bien donado se lleva a término entre los presentes. En ese caso, en efecto, si el donatario ha aceptado, al momento queda perfecto y completo el acto de la donación y no se puede después reclamar nada. Sólo si se ha rechazado, y rehusado instantáneamente aceptar la donación es evidente que no se ha hecho relevante en Derecho nada. También es claro el caso de si el donatario no habla cuando se le entrega la cosa, pues se entiende que ha habido una donación tácita, punto este en el que Retes se basa en la opinión de Covarrubias (40). Tampoco

entiende que el problema planteado se pueda referir a las donaciones hechas por promesa a las que se les mezcla un negocio. Para Fernandez de Retes el nudo principal gira en torno a las donaciones que se dirigen a incapaces (niños, dementes, etc) o entidades jurídicas (ciudades, universidades, iglesias, etc). Para situar claramente cuándo y cómo se produce la negativa recuerda que si antes de los Digestos, las cosas eran enviadas con mensajeros después de Justiniano existen recursos para que haya constancia de la efectividad de la donación, ya sea una promesa hecha ante testigos o redactada en una escritura o documento público o privado o se inscriba (*insinuatio* cuando es de quinientos sueldos o más).

Delimitado así el problema argumenta Fernández de Retes que la donación no necesita de la aceptación para ser considerada realizada pues la donación no pertenece al género de los intercambios sino al de la generosidad; el género de los intercambios sería el de los contratos y negocios que se hacen entre dos personas. Lo que pertenece al género de la generosidad tiene validez sólo por la voluntad del que obra. Se opone Fernández de Retes al criterio de Molina según el cual la donación es efectiva y completa en razón de la adquisición de la propiedad, pues sostiene que una donación no aceptada en



nada aprovecha al donatario (41). Para rebatirle sostiene Retes que la aceptación no tiene relación con la esencia del acto de donar, es decir, entiende que para que se realice una donación ha de ser perfecta en función de su género, que es la generosidad, (donación se considera aquello por lo cual el donante practica la munificencia) y lo que determina cualquier relación no depende de aquello a lo que se refiere, luego la perfección de la donación no depende de la aceptación, según Fernández de Retes los argumentos de Molina llevarían a la tesis de que si la donación requiere el acuerdo, aceptación o concurrencia de voluntad por parte del donatario entonces pertenecería al género de los contratos de intercambio que por ello exigen el mutuo acuerdo. Pero como la donación por Fernández de Retes es de un género completamente distinto al del contrato entiende que no se necesitaría el acuerdo mutuo. En realidad Molina lo que hace es respetar literalmente la legislación romana en este tema (42) y Retes matiza que si se trata de un estricto análisis de esa fuente su argumento puede ser válido y en ese contexto se podría aceptar, pero en lo referente a la naturaleza del instituto en sí mismo muestra su disconformidad porque la donación por su propia naturaleza no necesita la aceptación, se trata sólo de una exigencia introducida

por la práctica jurídica romana. En este supuesto de la donación conferida a un ausente Retes distingue dos casos (43) que funcionan de modo diferente. El primero se da cuando las palabras del donante constan en un documento de donación y se designa un mensajero investido con la mera facultad de entregar la cosa. En ese caso el donante no hace al instante la donación y al intermediario se le debe considerar más bien, como procurador o mandatario, para que ejecute en nombre de su mandante la donación al ausente; tales rasgos hacen de la donación una relación jurídica incompleta afectando incluso a su esencial generosidad, hasta que el mandatario entregue la cosa al donatario y cumpla el mandato. Porque si su mandante (que es el donante) muriese entre tanto y con posterioridad a su fallecimiento llegase el mandatario a entregar la cosa al donatario no le transfiere la propiedad. El motivo de la imperfección es que está en el aire la generosidad, pues ésta se vincula a un mandato (de donde toma la naturaleza el propio mandato) por lo que no puede la relación o negocio jurídico llamarse perfecta hasta que no se cumpla el mandato. Mientras está incumplido el mandato, lo estará también la generosidad vinculada a él y en consecuencia, si el mandante muere o lo revoca desaparece por completo el *animus* que es esencia de la

figura de la donación. En este caso si acepta Retes los argumentos utilizados por los distintos autores que mantienen que es necesaria la aceptación en el derecho civil romano para que sea perfecta.

El segundo se presenta cuando es el donatario quien designa un mandatario para recibir lo donado. En el caso anterior el mandato del donante termina, si antes, de que la cosa se haya entregado al donatario, se revoca la donación o muere el mandante, pues es evidente que el que manda para donar no dona al mandar, luego todo acaba o con su muerte o con su anulación. Pero el donatario que manda para recibir una vez que la cosa se ha entregado adquiere su posesión al momento a través de sus representantes; su mandato se cumple y el mandante recibe entonces, y no necesita para que la cosa sea suya esperar a que se le entregue luego a él mismo físicamente. Aunque el donatario mandante muera antes que le hayan entregado la cosa a él mismo no muere (como el donante en el caso anterior) antes de iniciarse el asunto, sino mas bien después de cumplido y realizado el mandato. Y por tanto consumada la relación jurídica (44).

Concluye Fernández de Retes (45) después de plantear estos supuestos reconociendo de todos modos y

sólo según la legislación romana sería muy difícil demostrar su tesis de que la donación no necesita de la aceptación para perfeccionarse. Pero a su vez nos advierte que está haciendo un puro planteamiento teórico y muchas veces la teoría tiene que ver con las prácticas concretas del derecho según los tiempos, incluso lo que recogen las leyes, en ocasiones no se aplica o cae en desuso, entiende que la pura alegación en su contra de los preceptos romanos, tiene un valor relativo. No le suministra, y es consciente de ello, mayor apoyo su análisis del derecho castellano, pues se advierte inmediatamente que en este punto se diferencia poco del romano. En rigor sólo estudia el tema en las Partidas (46) y tras de enumerar los distintos tipos de donación que en su texto se citan de nuevo llega a la conclusión de que según sus preceptos es necesaria la aceptación par perfeccionar la donación. Sin embargo, el deseo de encontrar algún apoyo para su tesis le lleva a considerar un pasaje en el que se apoya para concluir que Alfonso X al hablar de donación para nada habló de aceptación:

"E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas no es entregado a aquel a quien la facen, teniendo es de cumplirla aquel que la face, o sus herederos". Retes observa que para nada se

cita en ese fragmento la aceptación y sin embargo la promesa es eficaz porque no es necesaria la aceptación del donatario para la perfección de la donación (47).

Para concluir su exposición Fernández de Retes admite que la legislación puede establecer que la donación no sea válida ni perfecta en la esencia de generosidad ni de ningún otro modo más que si se sigue la aceptación. Y ello es así del mismo modo que la ley puede también poner un término a la donación, de forma que ninguna pueda sobrepasarlo (como la Lex Cincia) o para que se realice bajo alguna forma particular como hizo Constantino, al preocuparse de la insinuación, etc. Las leyes que tal hacen, en realidad (dice Retes) constriñen la generosidad a una forma determinada y entre esas restricciones es concebible que se introduzca que la donación no fuera tal ni tuviera fuerza, mientras no hubiera aceptado el donatario. Los actos del hombre son la base de la ley, aunque no siempre provengan del ser natural de las cosas, por tanto arguye Retes que no habría que reprochar tampoco las legislaciones que omitiesen la obligación de la aceptación. Es más, encuentra como argumento que basándose en la ley natural no se puede permitir al donante y sus herederos que mientras esté pendiente la aceptación del donatario o de sus herederos revoque a su capricho la donación que hizo

expresa y deliberadamente, pues se estaría negando la esencia de la propia donación que es la liberalidad y la generosidad.

### III.3. LA FUERZA, EL ERROR, EL DOLO Y LA DUDA EN LAS DONACIONES

En congruencia con el concepto de donación que Fernández de Retes mantiene en su *Donationibus* (una dación generosa), se deduce que la donación lo mismo que la exacción (por el mismo motivo) conseguida por la fuerza no tiene ninguna validez. El acto generoso se origina a partir de los principios de reflexión y benevolencia honrada, pero quien dona por verse obligado a ello no usa de su capacidad de decisión ni quiere donar bien y honradamente, el que está coaccionado no ejerce la generosidad ni dona. Además, el motivo de la donación debe ser el de practicar la munificencia y el coaccionado no la practica, y así el obligado a donar no hace propiamente donación, es más, la generosidad exige la completa libertad para ejercer su acto, en consecuencia, cuanto menos libertad se tiene menos

generosidad posee el que la ejerce. La coacción impone seguir una conducta de modo necesario y esa necesidad tiene una fuente doble. Una es de derecho y por ella nos vemos obligados a acatar leyes, cumplir contratos, o a satisfacer las obligaciones que nos ataron por nuestra voluntad; la segunda es de facto, y por su virtud (también una fuerza exterior) nos vemos empujados a dar o a obrar. Nos esclaviza, anula nuestra voluntad e impide nuestro acto de generosidad, y en fin de cuentas por ambas vías la necesidad *de facto* y la de derecho impiden la donación, porque cuando hay obligación jurídica no hay donación, del mismo modo que cuando hay coacción o violencia que llevan de hecho a la necesidad tampoco puede haber donación (48).

Quien consigue una cosa mediante terror o la fuerza está cometiendo un delito de robo y como dice Retes es ridículo pensar que la donación que realiza un acto de generosidad basado en la liberalidad, tenga algo que ver con un robo u otro tipo de delito similar. Especial concreción le merece a Retes en este tema la donación otorgada en cumplimiento de una estipulación de hacerla, que habra de examinarse por otros criterios que el considerarla verdadera donación. Es aquella de la que se dice que comienza con la entrega de acuerdo con la legislación de Justiniano (49) se puede entender que



es más bien una promesa derivada de la misma causa de generosidad. Como quiera que en un contrato distingui-  
mos dos aspectos, la causa y la forma (la causa es la razón por la que contratamos y la forma es la expresión en palabras o la confección del documento en la que se constata el contrato) resulta que no se está obligado en los contratos de derecho estricto (entre los que se cuenta la estipulación de donación) desde la causa, pero sí desde la forma o formalización de la estipulación, aunque se haya previsto una excepción para el que promete si la causa se hace deshonrosa o nula. En definitiva la causa justifica el contrato según el derecho natural y la equidad. La forma por su parte, aporta aquí que se produzca una acción de derecho simple por más que resulta ineficaz y destructible por medio de una excepción. Como el contrato, pactado por medio de fuerza o terror debe ser declarado nulo de todo derecho, concluye Ketes que el "donante" que llegó a tal "estipulación" en esas condiciones debe instar el procedimiento pertinente y previa demostración de la coacción de que fue objeto, el magistrado deberá dejar sin efecto el citado contrato, que no es propiamente donación.

¿Qué ocurre cuando existe error, dolo o duda en una donación? es evidente que la donación debe realizarse

en posesión de todos los sentidos y con juicio integro por tanto el que se equivoca no dona, por ejemplo uno que cava y cultiva un campo que a sabiendas es ajeno alegando haber hecho con ello una donación, no reclama los gastos pero si cultivó la finca de buena fe si reclamaria sin duda alguna (50).

Casi un aire de explicación universitaria, reviste un supuesto que plantea Retes como ejemplo de los errores en la donación; es el siguiente: "Uno quería hacerme donación, estos es tenía hacia mí un deseo de donar; y para que la cosa se adquiriese sólo por mí en virtud de esa donación, envié un esclavo para recoger el objeto entregado. El esclavo en cuestión era propiedad común mía y de Ticio, y recogió el bien donado ya para entregarlo entero a mi socio o bien para los dos conjuntamente. En resumen la intención del esclavo no concordó con la del donante. Este quería donarme sólo a mí; el esclavo decía apoderarse del objeto donado para mi socio o para nosotros dos. Sin intención contravenía total o parcialmente la voluntad del donante" (51). Para llegar a una solución Fernández de Retes alega un fragmento de Ulpiano que dice "Nam essi procuratori meo hoc animo rem tradiderit donator ut mihi adquira ille cuasi sibi adquisiturus acceperit: nihil agit in su persona sed mihi acquirit" (52). Para Retes está claro

entonces que un esclavo al actuar por delegación, o mejor aun al recibir por entrega para uno de sus dueños adquiere sólo para él y no cuenta su opinión.

Otro supuesto diferente es el que se produce cuando el error en la donación ocurre por parte de los propios donantes o donatarios y cita Retes el ejemplo del que entrega dinero haciendo donación, pero el "donatario" lo acepta como préstamo por una equivocación. En efecto no habría aquí donación, ya que ambas partes no coincidieron en la misma idea y es condición imprescindible de acuerdo con la legislación romana que en los contratos ambas partes estén de acuerdo con seguridad sobre la reciprocidad de sus intenciones.

¿Qué ocurre cuando en la donación existe engaño? Advierte el profesor salmantino que el engaño puede intervenir en la donación de diversas formas; por parte del donante (en contra del donatario o en perjuicio de otros) o bien por parte del donatario en perjuicio de otros o del donante. Todas ellas nos llevarían en definitiva a que esa donación se alejaría totalmente de su esencia, en cuanto se aparta de la virtud de la generosidad y de la liberalidad pues esta exige recta intención y honrada benevolencia como es idea muy repetida por Fernández de Retes. Es evidente que el

donante que trama engaño contra el donatario no actúa ni con generosidad ni con benevolencia y la figura de donación que surge de tal acción no puede de suyo considerarse como verdadera donación.

Cuando el engaño parte del donante pero no en perjuicio del donatario sino de un tercero, nos encontramos en presencia de lo que se denomina donación fraudulenta al hacerse con ánimo de engañar, más que de obrar bien. Su origen reside generalmente en que tanto quiere favorecer el donante al donatario, que causa daño a otros. Esta figura de donación se puede realizar bajo diversas formas, la más importante y conocida (según Retes) es la que se hace por un liberto en perjuicio de su patrono o un deudor en perjuicio de sus acreedores. Hecha con intención benévola (*bona fides*) por agradecimiento y buena disposición y sin engaño esa donación sería válida (por más que en el efecto el patrón o los acreedores se vean defraudados), ya que debe darse más importancia a la intención que a los efectos. Pero si se llega al engaño por parte de un donante que desea y busca engañar a los acreedores y en efecto se produce un fraude. No es necesaria para lograrlo la complicidad del donatario ya que hay una diferencia palpable con las enajenaciones onerosas hechas por motivo de lucro en las cuales aquel

contratante que aceptó fue cómplice en el fraude del otro. En el caso de la donación basta con que el donatario rechace la donación y su patrimonio no se ve disminuido en lo que antes tenía sino que (al anularse la donación) sólo devolverá la cantidad que por medio de esa donación fraudulenta le había enriquecido.

Cualquier donación, acto o contrato mediante el cual se trama un fraude es considerado inoficioso y al respecto Retes resume el derecho castellano, concretando (52) que las Partidas no establecen una diferencia entre la donación inoficiosa conferida a uno de los hijos o descendientes o a un extraño, de modo que ambos casos reciben igual tratamiento jurídico. Por supuesto que entiende cómo los hijos tienen la potestad de revocar las donaciones inoficiosas hechas por sus padres en la medida de sus legítimas, pero sin sobrepasarlas, y para apoyar esta idea transcribe un texto de la quinta Partida: "E si por ventura alguna que eviesse fijos legitimos, quisiesse facer donacion a otro puedelo facer: en tal manera que todavia sin que en facto a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre como despues de la su muerte ... e si el padre ficiere mayor donacion pudenla revocar los fijos fasta en la quinta de su parte legitima". No hay duda para Fernández de Retes de que un padre puede donar a un

extraño en perjuicio de sus hijos solo la quinta parte de su patrimonio de acuerdo tambien con la ley 12 de Toro (53).

Para finalizar Retes se detiene en el engaño que aplique el donatario en perjuicio de un tercero. Indica que pocas veces en derecho se pueden encontrar ejemplos d este caso, pero pone el supuesto de aquél que solicita del principe la posibilidad de realizar una excavación en terreno ajeno a sabiendas que existe enterrado un tesoro para apoderarse del mismo y el principe se lo niega, ahí es evidente que hay mala fe de parte del eventual donatario para perjudicar a un tercero, aunque cabría preguntarse si Retes ha tenido bien en cuenta su concepto de donación para poner este ejemplo, pues es evidente que se trata de gestiones para lograr una donación, pero que ésta no ha llegado a existir.

Como se verá inmediatamente Retes vuelve a aplicar su estrecho concepto de donación en el tema siguiente, y lo hace en la forma que tantas veces he señalado como distintiva suya. En efecto como remate a estos temas se plantea el de la duda en la donación. Quien se equivocó en el motivo de entregar propiamente no dona, y así el que creía que tenía una deuda y la satisface está claro que no dona y no puede retener su entrega alegando

donación pues falta a quien creía que pagó la intención de hacer donación alguna. Si en el mismo caso se paga con dinero falso el deudor no se libra de la deuda, caso de que en verdad existiera, puesto que el dinero era falso no posee valor liberatorio, pero podría reclamar el dinero falso que de hecho entregó, ya que si pretendía una liquidación de una deuda imaginaria o no, lo que no tenía intención era de donar las piezas de numerario entregadas. Concluye Fernández de Retes señalando que aunque se puedan hacer multitud de conjeturas, el principio esencial a recordar siempre es que donar implica una disminución del patrimonio del donante y un incremento del patrimonio del donatario y mientras no exista clara constancia de que existe la liberalidad y la generosidad no debe caerse en precipitaciones y afirmar que existe donación.

#### III.4. LA REVOCACION DE LA DONACION POR INGRATITUD

Fernández de Retes califica la ingratitud como uno de los peores vicios del ser humano. Es ingrato quien olvida el favor recibido y no lo devuelve cuando se le presenta la ocasión favorable para ello. La peor de las ingratitudes es la del que devuelve mal por bien, el que ofende a su benefactor o incluso llega a atentar contra su vida. Para nuestro autor todas estas formas de ingratitud deben ser castigadas y subraya que si la actitud de no agradecer los beneficios recibidos no es castigada por la ley escrita normalmente citando en su apoyo un texto de Seneca: "Quid sit ingratus nulla lex monstra saepe quid red didit, quod accepit ingratus est qui non reddidit gratus" (54).

La legislación romana en especial desde la época de Justiniano (55) estableció que todas las donaciones otorgadas conforme a derecho permanecieran firmes salvo



que los donatarios se manifestasen ingratos hacia los donantes. Así que todas las donaciones, desde la época de Justiniano al menos tienen una condición tacita, que el donatario no sea ingrato; si lo es los bienes volverán al patrimonio del donante con lo cual la donación deja de ser irrevocable. Sólo es preciso determinar cuáles son los casos concretos de ingratitud. Recuerda que el derecho romano trazó un catálogo de las causas de ingratitud por las cuales se podría revocar la donación; injurias graves, atentar con malos propósitos contra el patrimonio del donante, atentar contra su vida etc. Más que por la vía de aplicar una tipificación legal de estos supuestos Fernández de Retes se muestra partidario de que sea el arbitrio de los jueces quien determine cuáles son las causas graves para determinar que existe ingratitud por parte del donatario.

El derecho a revocar la donación por ingratitud pertenece exclusivamente al donante y no a sus sucesores y del mismo modo no puede ser ejercido más que contra el donatario y por un hecho de ingratitud cometido por él mismo (56).

#### CAPITULO CUARTO

##### TIPOS Y SUJETOS EN LA DONACION

#### IV.1. LA DONACION CONDICIONAL

Define Fernández de Retes la condición como: "conditio est oratio qua omne, quod agitur, in futurum eventum suspenditur" y le añade las palabras de Bartolo "vel resolvitur". Sostiene que en última instancia las condiciones son dos; iniciadora y anuladora. La primera al producirse da principio al acto y la segunda lo anula y reduce la causa precedente a la nada. Ahora bien... ciertos actos no pueden admitir condición iniciadora, pues entregar en momento preciso y determinado y suspender la entrega hasta que se realice una condición son cosas opuestas y no aceptan coincidir entre sí; por ejemplo, la paga, el acceso a la herencia, la emancipación y los actos similares no admiten condición iniciadora, pero si admiten la anuladora, ejemplo si se entrega una cantidad en

concepto de dote y luego no se celebra el matrimonio etc.

La donación que comienza con una promesa puede admitir las dos condiciones igual que los demás actos (tratados, convenios, contratos etc), que dependen de una promesa y no son efectivos ni operativos inmediatamente. Pero la donación que comienza con la entrega (la auténtica y propia donación según el concepto de Retes) no admite una condición que suspenda tal entrega ya que sería absurdo, pero sí admite la anuladora. Es más, admite una condición relativa al efecto aunque no a la entrega misma del bien: por ejemplo yo dono algo y lo entrego inmediatamente con la condición de que comience a ser de la propiedad del donatario si lleva determinada nave a Asia y si no llega que deje de ser del donatario. En este caso el objeto de la donación no comienza ser propiedad del donatario hasta que no se cumpla la condición impuesta por el donante aunque se realice la entrega y se transmitiera la posesión. Para Retes está claro que la donación se realiza cuando se cumple la condición pues por la verdadera naturaleza de la misma no hay donación si el acto de generosidad no se cumple totalmente y es además irrevocable y esa donación sólo se da cuando se ha transmitido la propiedad de pleno derecho, y no con

caracter suspensivo o por medio de una expectativa. Igualmente para Fernández de Retes, una donación ya terminada no admite condición, cláusula, ni gravamen posterior. En cambio la donación incompleta, cuya existencia y mantenimiento depende de la voluntad del donante se puede revocar, del mismo modo que también se puede modificar (57).

Alude también, nuestro autor pero brevemente, a uno de los casos más discutidos por los autores. El supuesto de la donación del marido a la mujer durante el matrimonio; la tesis de Retes es que esa donación sólo se confirmará con la muerte del esposo si el donante se mantuvo en su deseo; pero si lo cambió, la donación se revoca y en consecuencia, si el marido puede revocarla también podrá imponer una carga o condición (58).

#### IV.2. LA DONACION REMUNERATORIA

La donación remuneratoria no tiene como motivo la liberalidad sino la gratitud, por tanto para Fernández de Reta dado su concepto estricto tantas veces aludido, no es una verdadera donación, no procede de la generosidad ni de la liberalidad, es una forma de lucro por parte del deudor y quien hace una donación para beneficiarse y librarse de la obligación, no actúa propiamente con liberalidad. Es cierto reconoce nuestro autor que la obligación que exige que retribuyamos a los benefactores está de acuerdo con la justicia natural, pero la obligación de cumplir lo prometido implica una coacción por parte de la ley (59).

Sostiene Reta que la obligación de devolución aunque esté en la línea y en el orden de las obligaciones naturales, no es propiamente coactiva por

ser una obligación natural, ni se trata tanto de una deuda legal como de una deuda moral que tiene su razón de ser en la honestidad y su causa en la gratitud. Si de una deuda contraída por un pacto o una promesa se puede decir que genera obligación jurídica y de gratitud y honestidad su naturaleza consiste en un vínculo legal que se adquiere al prestar algo a alguien. Pero la obligación remuneratoria no obliga a nada en concreto, sólo tiene en cuenta el espíritu de agradecimiento y el recuerdo de los beneficios recibidos, pero no prescribe cantidad, materia o modo de remuneración pudiéndose recordar las frases de Séneca "Nec absolvimos illum, sed cum difficillis est incertae re stimatio tantum odio damnabibus inter ea reliquimus quae ad videncis Deos misimus" (60).

Así pues la obligación remuneratoria difiere en sustancia de la verdadera y propia obligación jurídica porque propiamente esta obligación no puede depender de la sola voluntad del obligado ya que es "vínculo jurídico al que nos vemos atados por necesidad" y la retribución o remuneración del beneficio aceptado depende de la sola voluntad del que ha de remunerar, y no se puede considerar como anterior la remuneración y posterior el beneficio.

Para Fernández de Fetas este tipo de donaciones remuneratorias no precisan de la insinuación aunque sobrepasen la cantidad permitida por la ley y según él no podrían ser revocadas a causa de desagradecimiento posterior ni tampoco por el nacimiento posterior de hijos como ocurre en la simple y pura donación, aunque esto último le parece más discutible desde el punto de vista de los Digestos (60 bis). Igualmente son muy imprecisas las causas que son dignas de remuneración y se deberá atender a lo que diga la legislación al respecto para establecer una causa digna. Después deberá acudirse a determinar por medio de una investigación judicial la calidad y cantidad de la remuneración que es adecuada a la causa considerada como digna y no deberá darse crédito al propio donante como testigo, a no ser que pruebe la causa y en términos satisfactorios para el juez a cuyo juicio debe quedar la decisión sobre la donación remuneratoria.



#### IV.3. LA DONACION CON FECHA FIJA

La doctrina de Fernández de Retes admite que a la donación se le pueda imponer una fecha concreta y establecer que aquella es válida hasta un día determinado o en un plazo de tiempo estipulado, como sería por ejemplo; para que regrese al donante a los diez años; o a la muerte del donatario; o que transcurrido cierto tiempo pase el bien donado a un tercero; o deba ser restituido al donante o a un tercero, pudiendo éstos reclamar en caso contrario como ya ocurre en la donación condicional (61).

No se puede confundir este tipo de donación con los legados, pues el legado se puede dejar de modo que se exija al legatario mediante una garantía y pasado un tiempo, que entregue lo legado a otro. Pero no se puede legar con un plazo (tres años, por ejemplo) si se lega simplemente así, eso sería una donación temporal y

pasado el plazo, el objeto revertiría al patrimonio del donante o sus herederos. En cambio en absoluto se puede dejar a fecha fija en los legados, puesto que la herencia está incluida en un testamento; el motivo primordial del mismo es nombrar un heredero y la herencia no se puede dar ni repartir hasta una fecha concreta y diferente. Concluye Retes este punto con la advertencia de que para él, la donación hecha con un plazo para que lo donado regrese de nuevo al donante o sus herederos no encierra una dación perpetua absoluta o irrevocable, luego sería falso aplicar a esa donación la definición de la misma como dación generosa y revocable, pero la vez, deja sentado que este tipo de donaciones no implican asumir la propiedad completa de todo lo donado sino que están limitadas al provecho y la ganancia que resulte del tiempo que dure, lo que supone para Retes que la naturaleza de la donación se conserva en esa ganancia; en esa medida se podría aplicar el concepto de donación pero no sin reservas (62).

#### IV.4. LA DONACION DEL PADRE AL HIJO

Antes de pasar al examen concreto de este tipo de donación introduce nuestro autor una reflexión de orden general sobre la generosidad de la que afirma que se parece a la justicia en que se refiere a otro, pues nadie es generoso consigo mismo, en consecuencia, como la donación es del género de la generosidad (dación generosa) se comprende que nadie puede hacer donación a sí mismo. Si tal idea no se discute por nadie, se pone en tela de juicio la posibilidad de que un padre done a su hijo todavía bajo su potestas. El derecho romano construyó un sistema de patria potestad por el cual padre e hijo eran una misma persona; supuesta esta identidad (efecto de ese tipo de patria potestad) introducida por el derecho civil romano se deducen como consecuencias que se impida a un hijo pleitear contra su padre (puesto que pleitearía contra sí mismo, al ser los

dos la misma persona) o que un hijo pueda cobrar a su padre por un servicio prestado, etc. Por la misma razón si el padre no puede donarse a sí mismo debido a la identidad de personas, el padre no puede tampoco donar al hijo sometido a su potestad. Si ambos son la misma persona el padre tiene la propiedad de las cosas, lo que el padre done a su hijo volvería de nuevo al padre.

Retes desde el ámbito del derecho natural cuestiona la negativa de que esa donación pueda ser válida, pues a la luz de ese derecho el donante y el donatario son dos personas diferentes y en estos términos la donación sería perfectamente válida. Recoge Retes en su apoyo las opiniones de Bartolo y Fontanella (63) y entiende en consecuencia que aplicando el derecho civil romano, es válida la donación entre padre e hijo si se prescinde de conservar la identidad que otras leyes romanas establecen entre ambos, lo que conduce a evitar la readquisición es decir, (que la cosa donada vuelva al patrimonio del padre) que por otra parte como observa Retes, también el derecho romano se ocupó de algunos casos como cuando el padre donó algo por motivo del servicio militar, a su hijo donación que sería válida porque se aplica el *peculio castrense* (64). En ese caso el hijo se considera titular del *peculio* y no el padre, es decir que ocurre igual que si no estuviera bajo su

potestad. Sería preciso generalizar esa excepción pues la legislación romana mantenía el criterio de que si el padre donó al hijo sometido a su potestad después que regresó de la milicia no se convierte en parte del peculio castrense y no vale la donación y al no poder aplicarse al peculio castrense, se aplicaría al civil o al profecticio.

Se ocupa también Retes de otro aspecto de la legislación romana, el relativo al supuesto del padre que donó sin validez a su hijo. Interpreta el salmantino que el hijo no está obligado a conferir a sus demás hermanos con los que comparta la sucesión paterna, sino que puede conservar como propias las cosas que aceptó de su padre con motivo de una donación, en la medida que esa donación no sea inoficiosa. Así pues, el propósito de la voluntad del padre (que predomina sobre la forma en la donación hecha sin validez) hace que el hijo, por mediación del juez que divide la herencia, retenga como propio lo que se le donó.

Muy brevemente relaciona Retes estas cuestiones con la legislación castellana, subrayando que en Partidas se recogen los principios del derecho romano que no admiten la donación entre el padre y el hijo (65) aunque las leyes de Toro (incluidas en la Nueva Recopilación) se

establece que un hijo donatario que quiere suceder a su padre junto a sus hermanos, ya sea por testamento, ya *ab intestato* no retiene nada para sí como propio, sino que confiere lo donado, aunque sea una donación motivada. En caso de donación excesiva el hijo estará obligado a reintegrar a los ~~hermanos~~ cuando la misma sobrepasa la quinta parte de los bienes.

#### IV.5. LAS DONACIONES ANTE Y PROPTER NUPTIAS

No es demasiado rica la doctrina de Retes al respecto. Prácticamente solo se ocupa de las arras, diferenciándolas muy superficialmente de la *donatio propter nuptias* y ofrece algunas indicaciones que encierran un residuo casi inconsciente de la *Morgengabe* germanica. Su razonamiento arranca también de otro rescoldo germanico, la *dos ex marito* (huella a su vez de la compra del cuerpo de la mujer) a la que valora como donación que solía hacerse por el esposo o parientes suyos a la esposa con la esperanza de una próxima boda. Para el derecho romano inicialmente esa donación fue considerada válida aunque no se celebrara la boda, pero desde Constantino toda donación otorgada a la esposa por su esposo o parientes de éste se tiene por hecha bajo la condición de que se celebre la boda y si esta no se produce la donación puede ser reclamada por el donante

(66). La mayor atención en este punto del discurso de Retes se refiere a las arras a las que en algún momento se denominó prendas porque se entregaban en fe y promesa de contraer matrimonio (y también esponsales). No existía ni una cosa cierta ni una cantidad concreta destinada a entregarse a título de arras, y por ello se podía entregar por ese concepto cualquier objeto o cantidad de dinero *ad libitum*, por ejemplo una esclava. Desde el momento que se entregaban las arras no se distinguían de otras generosidades nupciales más que en la intención. Por ello una cosa que se consideraba donada a título de arra desde que el acto se había realizado nominalmente en los esponsales; si había boda, la mujer conservaba esas arras por derecho propio. Cuando tenía hijos de un matrimonio anterior y se casaba en segundas nupcias, su derecho se limitaba al usufructo vitalicio y estaba obligada a reservar para los del primer matrimonio todo lo que recibió por generosidad de él, separando lo percibido del segundo marido al que hizo su padraastro.

Si no se celebraba el matrimonio el destino de las arras es una cuestión muy debatida. Fernández de Retes tras inventariar múltiples respuestas entiende que, de acuerdo con la normativa legal de los romanos, si la novia moría y no se podía celebrar el matrimonio, las



arras se restituían al futuro marido pero si era él el que moría las arras pasaban a sus herederos (padres, hijos, etc), hasta que desde la época de Justiniano se estableció que las arras se debían restituir siempre que no se celebrara la boda (67).

La distinción propia de la legislación castellana entre las arras y la donación *propter nuptias* (68) es tocada sobre textos de Covarrubias. Para nuestro autor las arras se dan como recompensa de la virginidad supuesta de la futura esposa y se pueden entregar al punto a título de donación, o prometer en el contrato matrimonial, práctica que Retes señala como la más corriente. Recuerda el límite de que no se pueda prometer a título de arras más de la décima parte de los bienes del novio de modo que la promesa excesiva no es válida en lo que excede, y también observa que en nuestra legislación las arras se confunden con la dote. A este respecto sostiene que según el derecho visigodo, la mujer, después de contraer matrimonio se beneficia de las arras lo que da pie para pensar, como ya he dicho que entiende arras en el sentido de la "*Morgengabe*" germánica (69).

Con gran precisión y brevedad resume Retes nuestra legislación respecto de su limitación de regalos

nupciales, que no podrán exceder de la octava parte de la dote que la esposa entrega realmente al marido (70), (estableciendo que esos regalos nupciales serían joyas y vestidos) y respecto de lo que nuestro autor llama conforme a los términos romanos *sponsalitia largitas*, o regalos entre novios, realizados en el momento de celebrar el matrimonio (en concreto el mismo día) y suelen consistir en unas ofrendas como un collar o brazalete. Pero para que se considere verdaderamente como tal "generosidad esponsalicia" el marido debe entregarlos sin condición alguna y en ningún caso tendrán que ser devueltos por la esposa. Así si existe verdadera *sponsalitia largitas*, pues en caso contrario se considerarían cosas o bienes donados con motivo de la boda y entonces formarían parte de la *propter nuptias* y en ese caso la donación de joyas etc. no se diferencia del resto de los bienes y estaría dentro del límite de la octava parte de la dote recibida por el marido.

#### IV.6. LA DONACION MORTIS CAUSA

Para Fernández de Retes la naturaleza de este tipo de donaciones se explica examinando sus efectos. El donante actúa de esa forma por necesitar o preferir disfrutar lo más posible el objeto de la donación antes de transferírselo al donatario y si éste muere antes del donante el bien revierte al donante pero si sucede al revés, la donación se convierte en irrevocable y es en ese momento cuando realmente se consolida la donación *ex causa largitas*. Estima Retes que en rigor la donación *mortis causa* encierra una especie de negocio porque con ella se trata de entregar y de devolver simultáneamente el bien donado y ese rasgo subyace bajo las dos maneras, en que puede plantearse, ya sea incluyendo una condición que afecta a la causa (es decir la misma generosidad) para que el objeto pase a pertenecer al donatario sólo cuando se hubiera producido la muerte del donante, ya

sea transfiriendo (inmediatamente o bajo condición) la propiedad al donatario para que volviera al donante la posesión hasta que se produzca el acontecimiento.

La donación *mortis causa* se puede hacer con vistas a diversas situaciones. Es el caso más corriente para cubrir el riesgo de la muerte prematura del donatario, o del arrepentimiento del donante posible antes de su muerte, puesto que pierde validez si muere el donatario antes que el donante o en algún momento se arrepiente éste, rasgo que convierte a ésta en la donación más habitual. Es cierto que se puede otorgar, contemplando sólo el hecho de la muerte, excluyendo la posibilidad del arrepentimiento, pero entonces estaríamos propiamente ante una donación irrevocable (71). También cabe que la situación originaria aconseje una donación con vistas a un caso de riesgo seguro y cierto; por ejemplo, una batalla inminente, o un largo viaje por tierra o por mar,, o una enfermedad grave. Terminado ese momento de peligro y no habiéndose producido la muerte del donante, el bien objeto de la donación volvería al patrimonio del donante si éste así lo desea.

La donación por causa de muerte presupone varios *præsumptio*. Que el donante quiere hacer una liberalidad con el carácter de una donación es decir, que tenga como

efecto privar a él de algo, y enriqueciendo simultáneamente al donatario. Que este efecto esté subordinado a la muerte del donante y para acentuar tal rasgo la legislación romana permitió hasta el último momento en la donación *mortis causa* el arrepentimiento por parte del donante (72).

Hechas estas aclaraciones Fernández de Retes mantiene, con el afán purista y estricto que le caracteriza que pese a cómo se llame es donación en vida y no por muerte la que se hace para que tenga validez después de la muerte del donante y ello incluso aunque el donatario muera antes y al donante ya no le sea lícito revocarla. Entiende el salmantino que en caso de duda sobre la posibilidad de revocación, o de cualquier otra característica siempre que no conste una determinada forma especial de donación, hay que considerar que la *mortis causa* fue realizada como una donación de tipo común en la que está permitido que el donante cambie de intención llegado el instante de su muerte. Finalmente Retes traza una síntesis histórica de la *donatio mortis causa* en Roma, no exenta de interés por su misma brevedad. Distingue al respecto dos técnicas una que llama "antigua" y otra a la que denomina "nueva". La antigua se hacía mediante una solemne entrega o *in iure cessio* y también por *stipulatio* cuando

empezaba con una promesa sin haber entregado nada ni preceder una *in iure cessio*. Esta se lleva a cabo cuando no se entregaba el objeto (por ejemplo no se podía entregar por ser inmaterial) delante de un magistrado; entonces se cedía con fórmulas estipuladas y fijas todo el derecho que sobre el bien se tenía a aquél en cuyo favor se hacía la cesión. Así pues reteniendo la posesión material de la cosa se podía antiguamente transferir su propiedad por cesión. La donación se podía hacer, resume Retes, por *traditio*, por *cessio in iure*, por *stipulatio*, y por medio de recibo. En todos estos casos se actuaba a presencia es decir o bien el donatario está presente y en persona recibe o bien cuando el donante en persona aleja de sí al instante el objeto que dona, aunque no lo entregue inmediatamente al donatario sino que se lo envía por un fidelegado, mandatario, mensajero o representante. También pudo hacerse por testamento pero debía entonces o conferirse o prometerse a un presente, y en esto se diferencia de los legados y los avales.

La nueva técnica la sitúa Retes en la época de Justiniano cuando ya se considera válida la donación por muerte hecha en virtud de la mera promesa igual que si de cualquier otra forma de donación se tratase y tienen validez mientras no se revoque o muera el donatario

(73). Igualmente Justiniano estableció que la donación *mortis causa* necesitaba la *insinuatio* cuando eran donaciones superiores a quinientos sueldos. Fernández de Retes introduce un largo *excursus* para establecer las diferencias entre este tipo de donaciones y los legados en relación con la Lex Falcidia, pero su trabajo es realmente un discurso específico sobre los legados y no sobre las donaciones en realidad por lo cual, proyecto ocuparme de él en otra sede más a propósito, evitando aquí la ruptura temática que en realidad existe en el estudio del salmantino, donde el lector no puede evitar la impresión de haber sido introducida de modo forzado una pequeña monografía sobre los legados que el autor tuviese ya redactada a la hora de acometer el estudio sobre donaciones.

#### IV.7. LAS DONACIONES REGIAS

Fernández de Retes asume este tema con mayor atención y minuciosidad que otros tipos de donaciones que toca en su estudio, pero el lector no dejará de percibir sin embargo cómo y cuánto se diferencia su exposición de la enciclopedia jurídica que Antúnez de Portugal bajo la rúbrica *De donationibus regum*. Inicia su exposición con la idea retórica, más bien una invocación propia de la época, aceptada por la gran mayoría del orbe católico según la cual Dios Todopoderoso Creador del Universo puede donar sin ley ni tasa lo que le plazca a su Divina Majestad y a quien quiera. De ahí se deduce que atañe al supremo dominio de Dios el donar a su capricho a quien El quiera, y no habrá dueño legítimo más que aquél a quien ese Dios Todopoderoso haya hecho objeto de su generosidad. Tropezamos aquí con un pretexto para el lucimiento formal de nuestro



autor en este punto en cuanto a manejo de fuentes bíblicas, patristicas, teológicas etc. que comienzan con citas del génesis para justificar este viejo principio (73 bis). Siempre, ante discursos de esta naturaleza en obras tan técnicas como la que aquí se estudia queda incierta para el investigador en qué proporción se mezclan la fe, la erudición, y el miedo a la Inquisición, con el afán de originalidad del autor. En cualquier caso y prescindiendo del análisis de barroquismo poco interesantes aquí, hay que señalar sólo que el hilo argumental del salmantino, empieza a cobrar más interés cuando recoge la idea de la entrega de la soberanía por Dios a los hombres y el depósito que éstos hacen de ella en sus príncipes supremos o reyes, de donde se deduce que éstos tienen un dominio universal sobre los bienes de los particulares. Es interesante como matiza Fernández de Retes que ese dominio no puede estar revestido de la excelencia que refuerza el dominio divino. Afirma que si la voluntad divina es ley, en cambio la voluntad del rey se debe guiar por la razón, lo que le lleva a la necesidad de estudiar previamente a la donación regia misma, la naturaleza del dominio universal que puedan alegar los monarcas sobre los bienes de los particulares.

Primeramente define Retes que el rey o principe en cuanto a autoridad suprema, tiene dominio también supremo, sobre todos los bienes que sus súbditos poseen, pero ese dominio no puede estar encaminado a la destrucción de los particulares, sino a su preservacion y debe moderarse de manera que el monarca no consienta que unos realicen robos, fraudes o se arrebaten los bienes legítimos de sus súbditos y por tanto con mayor motivo el mismo rey no debe abusar de su dominio universal.

Las consecuencias que Retes extrae de este dominio universal del rey son varias. Es evidente que tal dominio está por encima y prevalece sobre el de los particulares y se sobrepone en cuanto a su esencia es la utilidad pública, sobre la utilidad de los particulares. Así el rey podrá tomar a los particulares ciertas posesiones por ejemplo, las que hay en las fronteras de su Reino para entregarlas a los soldados cuando lo necesita la defensa del territorio (74). Igualmente podrá el rey derribar y expropiar los edificios necesarios para construir y fortificar las ciudades; y también podrá conceder moratorias a los deudores en perjuicio de los acreedores; expropiar bienes de los particulares para el ornato y decoro público etc.

Hay otros bienes en los que los reyes tienen dominio y que son de dos clases: una es la de los propios, particulares y privados del rey mismo, no en tanto que rey sino como particular. Aunque los obtenga de ciertas rentas del reino, estos bienes pasan a sus herederos (aunque no sean príncipes) y están a su entera disposición porque su patrimonio privado no está destinado a la defensa del Reino. Por ello se les denomina bienes privados, patrimoniales, patrimonio privado etc. y aunque se adquieren a título particular, entiende Retes que disfrutaban sin embargo de las mismas prerrogativas que los demás bienes que conciernen al Reino.

Otra clase es la de los bienes que pertenecen al rey en cuanto rey; es decir los recursos públicos asignados y destinados a la defensa del Reino; por ejemplo, las regalías que corresponden al Rey en razón de su majestad (es conveniente para el lector ver en la primera parte de esta tesis el estudio, enormemente amplio que realiza otro contemporáneo de nuestro autor, como es Antúñez de Portugal) y de tales bienes indica Fernández de Retes que, aunque el Rey tenga el derecho sobre ellos sin embargo no debe hacer mal uso de sus facultades al respecto porque se apartaría de la recta razón de gobierno que debe presidir al monarca (75).

Recalca Antúnez como se acepta que un monarca puede, con sus bienes particulares hacer cualesquiera clase de donaciones ya que unida a la esencia de su majestad está la idea de máxima generosidad, la *gratia regis*. En cambio el rey no debe ser generoso con los bienes que son patrimonio de la Corona, ya que están destinados a las necesidades de la defensa del Reino; ni puede con pretexto de munificencia asignarlos a los fines para los que se deben de usar, y tampoco podrá donar los bienes específicos de la Corona, al igual que ocurre con los bienes de la iglesia y los preladados.

La tesis contraria de algunos autores (amparándose o mas bien interpretando extensiva y abusivamente la legislación castellana, donde se establece la excepción de que las enajenaciones o donaciones de tales bienes sea hecha por los reyes sólo si hay motivos urgentes y graves para ello) es objeto de réplica por parte del profesor salmantino quien alega el ejemplo de aquellos monarcas que, llevados por su propia conciencia anularon o limitaron en su medida o forma determinadas donaciones hechas con los bienes de la Corona por ellos mismos o sus predecesores (76). Ello no impide que los monarcas tengan la posibilidad de dar recompensas o remuneraciones a sus servidores dedicados a la honra de sus

propias personas o a la gestión de los intereses públicos, pues si no fuera así, sin esperanza y recompensa, los hombres no se afanarían en prestar sus servicios al Estado. A la búsqueda de argumentos históricos recuerda Fernández de Retes cómo los Reyes Católicos habían establecido a petición de las Cortes del Reino la reducción en una cantidad fija de las donaciones hechas por ellos mismos y por su antecesor Enrique IV, que también invalidaron algunos cargos adjudicados a gentes indignas, que asimismo revocaron ciertas concesiones de patronazgo (77) y por último decretaron que las donaciones que se habían conseguido con violencia, engaño, coacción, no eran válidas. Sobre esa experiencia, Retes establece el principio de que si el Rey puede retribuir con bienes públicos, debe hacerlo con gran prudencia y no por capricho debiendo rechazar las peticiones de los pedigueros y de los malos súbditos (78). Y a los ejemplos concretos suma Retes la tendencia general de la legislación castellana en la que queda suficientemente demostrado que la mayoría de los monarcas desde la época de Alfonso X ya limitaron por ley los excesos del monarca en las donaciones (79).

Queda suficientemente claro para nuestro autor que los príncipes deben sobre todo cuidarse de no ser generosos con lo ajeno, o por mejor decir con lo que su

pueblo le ha concedido para su administración pero no para dilapidarlo, pues en ese supuesto se produciría en realidad un robo.

Esa es también la última ratio por la que les está prohibido a los monarcas otorgar donaciones o remuneraciones con los bienes de particulares pretextando expropiaciones, confiscaciones, multas o castigos pecuniarios antes de que la sentencia condenatoria o de confiscación haya sido firme y mucho menos antes de que se llame a juicio al reo y se haya oído su defensa, a excepción de los casos notorios, que son los que no pueden ocultarse ni justificarse con ninguna defensa (80). Igualmente les están prohibidas las donaciones de pastos, tierras y bosques pertenecientes a los municipios o a los concejos de las ciudades y tampoco otros bienes incluidos en la propiedad de éstos.

Toda esta normativa tiende a que el príncipe no sea generoso ni ofrezca recompensas a costa de lo ajeno y a que no derroche los bienes de la Corona en donaciones exageradas y ambiciosas. Por ello enfatiza Retes que no se debe tachar de avaros a los monarcas que anularon o redujeron los bienes donados por aquellos de sus antecesores que actuaron de forma demasiado pródiga e irreflexiva puesto que lo hacen para que no sucumba la

respublica ni se arruinen los bienes de los particulares.

Frente a estas limitaciones, aquellas donaciones justas y las recompensas hechas con motivo deben ser estables y firmes y deja constancia nuestro autor de que así lo regula la normativa castellana (81).

Igualmente, señala, a los monarcas les está permitido revocar las recompensas exageradas y las donaciones hechas irreflexivamente, del mismo modo les está permitido modificarlas y como apoyo de su tesis recoge un ejemplo muy concreto referente a Enrique II (de quien recuerda fue llamado el de las mercedes por las excesivas recompensas que concedió a los nobles y a otros que siguieron su partido contra su hermano Pedro, hijo legítimo del magnánimo rey Alfonso XI) príncipe que ordenó en su testamento una cláusula dirigida a su reino y sucesores y para descargar su conciencia, en la que confirmó las recompensas y donaciones que hizo pero con esta condición: "Pero que las hayan toda vía por mayorazgo, y sin que al hijo legítimo mayor de cada uno de ellos, y si muriere sin hijo legítimo, que tomen sus bienes del que así muriese a la Corona de los nuestros Reynos" esta cláusula fue confirmada por los Reyes Católicos y Felipe II (81 bis).

Si estos son los nudos esenciales de la doctrina de Retes, en este punto es de señalar ahora que, aunque breve y escueto, su desarrollo es una aceptable síntesis de una cuestión muy debatida ya por la doctrina jurídica castellana en el momento en que él escribe y se sitúa en un contexto de coherencia con las exposiciones de Vitoria, Las Casas, Roa Dávila, etc., respecto de los cuales juega un papel de discreto sintetizador.



#### IV.8. LAS DONACIONES DE LOS PRELADOS

Para comenzar su exposición sobre este punto en el que como en el anterior las donaciones tienen de especial los sujetos que en ellas intervienen en lo referente de forma específica al donante (ahora un príncipe de la iglesia) y a veces al donatario (en cuanto que es miembro de una comunidad también eclesiástica) Fernández de Retes parte de una distinción de los bienes de la Iglesia en dos grandes grupos.

Unos son los bienes perpetuos del episcopado y otros son los que provienen de las rentas eclesiásticas y que cada año se entregan al obispo o beneficiado sin perjuicio o gasto del montante principal.

Regla general es que un prelado no puede donar los bienes particulares de su iglesia y se le prohíbe no

solo la donación sencilla y simple sino tambien la remuneratoria.

Alcanza aquí Fernández de Retes en un amplísimo capítulo una alta calidad en cuanto minuciosísimo recolector de fuentes canónicas (especialmente conciliares) al respecto. La lectura de su enumeración (83) sugiere la misma observación hecha más arriba, sobre las donaciones y los legados acerca de la posible inserción de otra monografía distinta y propia, en el cuerpo de su discurso. Más interesante que reproducir sus datos, me parece intentar deducir de ellos las conclusiones a las que llega nuestro autor en esta materia y que a mi entender podrían formularse así:

Primera: La normativa eclesiástica ordenaba a los obispos a conformarse con un ajuar modesto, una mesa y una comida frugal y debían velar porque en su casa no hubiera nada extraño en la perfección de su estado para que la riqueza no les prive del menosprecio de las vanidades, ni de la simplicidad y del celo divino (82).

Segunda: Les está totalmente vedado a los prelados intentar enriquecer a sus parientes y familiares con las rentas de la Iglesia (83).

Tercera: No se puede hacer diferencia entre las donaciones hechas por obispos regulares y las que hacen los que han sido seleccionados de entre el clero secular. A unos y otros les ata la misma obligación, pues todos están obligados por caridad cristiana a dar lo sobrante a los pobres. Según nuestro autor para los obispos regulares esta normativa es más estricta pues aunque todos los obispos están obligados a la sobriedad, la frugalidad y a practicar las obras de misericordia en virtud del estado al que han ascendido, éste debe conformar su vida atañiendo con mayor firmeza a los obispos que llegaron al obispado desde el claustro, ya que de suyo tienden a una muy especial perfección y ya la vivían en el monasterio mismo de donde salieron (84).

Quarta: Los clérigos religiosos, obispos y los restantes que han tomado las órdenes sagradas no pueden donar, ni siquiera a causa de la muerte nada a sus hijos naturales, así denominados a todos los que tuvieron después de asumir las órdenes sagradas. Esta es la opinión de Retes después de examinar los preceptos legales castellanos que como es sabido fueron objeto de larguísimo debate por teólogos y juristas de esta época (85).

#### IV.9. LA DONACION DE LOS INCAPACES

Si toda la obra de Fernández de Retes se viene deduciendo que la donación no se hace más que por medio de la dación o transferencia de la propiedad, resulta que todo aquél que no puede dar, tampoco puede donar. De hecho algunos no pueden dar por falta de entendimiento o juicio, otros por falta de libre administración, otros por falta de propiedad, etc.

Por falta de entendimiento o juicio no pueden donar los locos, dementes, posesos, los niños y tutelados, ya que es evidente que no pueden ejecutar jurídicamente ningún acto por el que disminuyan su patrimonio. Y lo mismo ocurre con los dilapidadores, a los que les está prohibida la administración de sus bienes. Se plantea nuestro autor la duda con lo que ocurre a los menores de veinticinco años a quienes, de acuerdo con el derecho romano les era lícito poder donar con motivo de su

muerte, pero resulta claro si les está permitido hacerlo en vida, puesto que la absoluta libre y plena disposición de sus bienes no se les otorga habitualmente por ley (86). Para Fernández de Retes apoyándose en Cujacio y Menocchio, las donaciones hechas por menores se reafirman por el silencio o por la voluntad implícita (87), si después de cumplida la edad legal de veinticinco años, no las revocasen durante diez años entre los presentes, y veinte entre los ausentes.

Es también cuestión discutida si el donatario está obligado a devolver al menor inmediatamente la cosa objeto de la donación, cuando ésta no se mantiene. Dictamina Retes al respecto que el donatario que puede esperar que el tiempo confirmara la donación (si el menor, ya convertido en mayor de edad se mantiene, por los diez años en su misma decisión) no debe verse obligado por la sola decisión del que por naturaleza está desprovisto de juicio a devolver de inmediato las cosas que le donó sino que debe esperarse hasta que el propio donante reclame y exija en juicio la rescisión de la donación, a no ser que ésta sea injusta o ilícita por otro motivo, ejemplo por coacción o engaño, etc.

También son incapaces para hacer donación los tutores o encargados de locos o menores, quienes no

puedan donar los bienes de los tutelados porque están en lugar del dueño sólo en cuanto administran, y nunca cuando derrochan y dilapidan la fortuna del pupilo o tutelado. El tutor de un pupilo o el encargado de un loco, podrán donar con conocimiento del juez si el tutor o encargado demuestran que con ello se sigue un beneficio para el tutelado y en ese caso, como apunta Retses se estaría hablando en realidad de una donación remuneratoria. Pero si se busca un pretexto de remuneración para dilapidar la fortuna del tutelado, la donación sería nula de pleno derecho (88).

Fernandez de Retses equipara a los tutores, los síndicos de las Universidades y los que administran bienes públicos a quienes no les está permitido donar algo que pertenezca a la Universidad o a la comunidad, aunque podrán solicitar autorización a quien sea su superior para poder llevar a cabo algún tipo de donación remuneratoria en virtud de una justa causa o gastar algo para fines piadosos (89). En otro caso, el del hijo no emancipado, al que suponiéndole capacidad para poder donar su posibilidad real de hacerlo depende de la naturaleza del bien donado. Aquellos bienes que procedan del peculio castrense sí podrán ser donados, pero el peculio profecticio, en lo que se refiere al peculio que es del padre no podrá donarlo pues nadie

puede donar lo que no es suyo. En cuanto al peculio adventicio, cuya propiedad es del hijo pero el usufructo le atañe al padre, no podrá donar la propiedad de los bienes de este peculio, no porque no le pertenezca, sino porque la ley le priva de la completa administración y disposición de los bienes adventicios, salvo de aquellos cuyo usufructo no es ostentado por el padre respecto de los cuales sí podrá realizar donaciones (20).

NOTAS



- (1) F.V. en "Fontes Iuris Romani Antejustiniani".  
Florenca 1940-43, pp. 519-535.
- (2) Bossi, E.  
"La donazione nel suo sviluppo storico" en el  
vol. Critianesimo e diritto romano, Milan 1935, pp.  
171 y ss.
- (3) A) Se refiere el autor, sin duda a las leyes *Julia*  
*et Papia Poppaeam*, leyes matrimoniales de Augusto,  
la primera de 18 a.C.; la segunda del 8 d.C.  
(Paulus, 1.b. I ad leg. Iuliam et Papiam, D.  
23,2,44. Paulus lib. II eod.; D. 38,1,37 pr.  
Ulpianus, lib. III, ad legem Iuliam et Papiam;  
D. 23,2,7 pr. 23,2,45,5. Ulpianus lib. VII eod.;  
D. 24,3,64,6; 7,10).
- B) Ramos del Manzano  
"Comentarii et reliquationes ad legem Iuliam et  
Papiam Poppaeam" en Meerman, G., "Novus thesaurus  
iuris civilis et canonici", La Haya 1751, vol. 5,  
pp. 1-550.
- (4) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 366 y ss.
- (5) Casavola, F.

"Lex Cincia. Contributo alla storia delli origini della donazione romana". Napoles 1960, pp. 20 y ss.  
sobre este límite nos dice que debió ser mucho más bajo.

(6) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 369 y ss.

(7) Id., L., C., pág. 372.

(8) - Maynz, C.

"Curso de Derecho Romano", Barcelona 1892, tomo II, pág. 253.

- García Garrido, M.

"Derecho Privado Romano", Madrid 1964, pp. 243 y ss.

(9) Véase la citada constitución de Antonino Pio en Haenel, G., "Corpus legum ab imperatoris romanis ante Justinianum latarum", Leipzig 1857, pp. 108 y ss.

(10) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 382 y 383.

(11) Id., L., C., pp. 388 y ss.

(12) C.Th. 8,12,5 y F.V. 314.

- (13) C.Th. 8,12,1. C.I. 5,37.21. F.V. 249.
- (14) C.Th. 8,12,7.
- (15) C.I. 8,53,34. Véase al respecto las matizaciones posibles sobre la cuantía de éstos en Biondi, "Sucesión testamentaria y donación", Barcelona, 1960, pp. 707 t ss.
- (16) P. 5,4,9.
- (17) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 3.
- (18) P. 5,4,1.
- (19) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pp. 12 y ss.
- (20) Id., L., C., pág. 20.
- (21) Fernández de Retes, J.  
«Redaeonus ad lineas: qui rem alienam sicieus donat, liberalitatem exercet, quae de propriis rebus exercetur: et tamem impropriam, abusivam donaticnem, quae de facto praecisit, non revocat...»  
pág. 28 y ss.
- (22) Id., L., C., pág. 52.

(23) Id., L., C., pp. 53, 54 y 55.

(24) Fernández de Retes, J.

Op.cit. «Liberalitatis virtus, ut primo capite diximus, habet pro motivo, ponere modum divitiis, recte illis, uti erga proximum. Donatio, qui est actus per quem ille habitus, illa virtus comparatur, habet pro motivo, munificentiam exercere ...» pág. 67.

(25) Id., L., C., pág. 59.

(26) F.J. 5,2,1.

(27) L.T. 69. N.R. 5,10,8.

(28) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pp. 159 y ss.

(29) Id., L., C., pág. 275.

(30) Id., L., C., pág. 288.

(31) C.I. 3,8,55. F.V.286.

«Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restitatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non servata ei qui liberalitatis

auctor fuit vel heredibus eius condictionis actionis persecutionem competere. Sed eum postea benigna iuris interpretatione dei principes ei qui stiputus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem decernendam esse admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, potuit decerni si quae proponis vera sunt tibi adcommodatibus».

(32) Maynz, C.

Op.cit., tomo II, pág. 439.

(33) P. 5,4,7.

(34) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 55.

(35) Id., L., C., pag. 56.

(36) Maynz, C.

Op.cit., tomo II, pp. 425 y ss.

(37) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 59.

(38) «Succesor ex causa lucrativa, sive ex causa liberalitatis, repelli potest iisdem exceptionibus, quibus repelli posset autor suus». Id., L., C., pag. 63.

- (39) Id., L., C., pág. 181.
- (40) Covarrubias, D.  
Op.cit., vol. I, tit. de testamentos, pp. 59 y ss.
- (41) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 81.
- (42) C.I. 8,34,2. D. 39,5.
- (43) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 89.
- (44) Id., L., C., pp. 90 y ss.
- (45) C.I. 8,4,10.
- (46) P. 5,4,4.
- (47) Utiliza Retes aquí como respaldo a sus argumentos lo recogido en la glosa a la P. 5,4,4, por Gregorio López, "Las Siete Partidas", Salamanca 1555, pág. 11.
- (48) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 100.
- (49) C.I. 8,53,34.

(50) Fernandez de Retes, J.

Op.cit., pag. 110.

(51) Id., L., C., pag. 111.

(52) Id., L., C., pag. 112.

(53) «Si alguno fuere legitimado por escrito, o privilegio nuestro, o de los reyes que nos vinieren aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres o madres o de sus abuelos, e despues padre o madre o abuelos uvieren algun fijo o nieto o descendiente legitimo, o de legitimo matrimonio nascido o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado, no puede subceder con los tales hijos o descendientes legitimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes ab intestato ni ex testamento. Salvo si sus padres o madres o abuelos en lo que cupiere, en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su anima, les quisieren alguna cosa mandar que fasta la quinta parte, bien permitimos que sean capaces y no mas ...» L.T. 69.

(54) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pag. 349.

(55) C.J. 3,55,10.

(56) No entra aquí el salmantino en una discusión que han mantenido los romanistas posteriores sobre si la acción para la revocación es necesario que se haya intentado en vida del donante, o es bastante que se haya expresado su voluntad de revocar; generalmente se acepta la primera solución. Maynz, C. Op.cit., tomo II, pág. 435, nota 22.

(57) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 315.

(58) Véase dos opiniones contrarias que recoge a este respecto Arcgi, G.A. en "La donazione. Corso di diritto romano", Milan 1960, pp. 79 y ss. y 90 y ss.

(59) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 31.

(60) Id., L., C., pág. 32.

(60 bis) D. 39,5,1.

(61) Fernández de Retes, J.  
Op.cit., pág. 309.

(62) Recoge Retes en este punto una muy amplia discusión sobre esta materia, para su mejor comprensión véase



en la totalidad el capítulo XV de su *Donationibus*, pp. 302 a 311.

(63) Parece, o mejor dicho quiere, ignorar en este supuesto nuestro autor las disposiciones del D. 50,16,95. y la definición recogida en el mismo de la familia romana de Ulpiano: «Comuni iure familiam dicimus omnium adqñatorum: nam et si patre familias mortuos singuli singulas familias habent, tamem omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familia apellabuntur qui ex eadem et gente proditi sunt»

(64) D. 37,1,3.

(65) P. 5,4,3. N.R. 5,10,11. L.T. 19.

(66) Fernández de Retes. J.  
Op.cit., pag. 319.

(67) C.I. 5,3,19 y 5,3,20,3.

(68) «La ley del fuero que dispone, que no pueda el marido dar mas arras a su mujer de la decima parte de sus bienes. no se puede renunciar, e si se renunciare, no bargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde o execute...»  
L.T. 50.

(69) Es cierto como nos recuerda Menguijon, J., en su "Elementos de Historia del Derecho Español", cuaderno 4, Zaragoza 1917, que el término *Morgengabe* no se encuentra en el F.J. y quizás por ello nuestro autor no lo utilice, aunque de su texto se deduzca la confusión del uso del término *arras* en el sentido de *Morgengabe* germánico.

(70) N.R. 5,2,1.

(71) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 319.

(72) D. 39,6,1 y 39,6,2.

(73) Respecto a esas disposiciones, Maynz, C., Op.cit., tomo II, pp. 767-775, nos manifiesta que han dado lugar a diversas controversias y que algunos autores han pretendido que la donación *mortis causa* sólo podría hacerse mediante codicilos; argumento rechazado rotundamente por Maynz, pues sólo se habla en la disposición justiniana de la sustitución de la *insinuatio* por cinco testigos.

(73 bis) Génesis, capt. 1, vers. 27.

(74) Parece que nuestro autor está recordando aquí la costumbre romana del reparto de tierras efectuado

entre los romanos y los pueblos germanicos que dió origen a las llamadas *sortes goticorum* y las *tertia romanorum*.

(75) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 250.

(76) N.R. 5,10,11.

(77) N.R. 5,21,65.

(78) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 255.

(79) P. 2,5,8.

(80) N.R. 7,7,2.

(81) N.R. 5,10,6.

(81 bis) N.R. 5,7,2.

(82) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 183.

(83) Id., L., C., pág. 218.

(84) Id., L., C., pp. 218 y ss.

(85) L.T. 9. N.R. 5,8,7.

(86) D. 39,6,25.

(87) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 178.

(88) D. 27,4,2.

(89) Fernández de Retes, J.

Op.cit., pág. 180.

(90) Maynz, C., Op.cit., tomo III, pág. 113, recoge la misma conclusión que Fernández de Retes referente a este peculio adventicio definiéndolo como aquellos bienes no castrenses que pertenecen al hijo sólo la nuda propiedad. Recoge también los puntos del C.Th. 6,36,1 y 1,34,2, fuentes utilizadas sin duda por Fernández de Retes.

## CONCLUSIONES

Se ha pretendido con este estudio realizar una investigación que nos permitiera concretar cuál era la significación de la donación en dos autores significativos de la Edad Moderna.

1)Cuál fue su panorama jurídico y su importancia para la época son dos cuestiones puestas de manifiesto a lo largo de esta investigación y es evidente que si bien la institución de la donación decayó en la praxis entre los particulares y fue restringida a los distintos monarcas según la legislación de cada reino, no es menos cierto que generó una serie de discusiones, de distintas concepciones y de diversas aplicaciones entre los autores de la Edad Moderna como se pone de manifiesto en esta investigación en forma que puede afirmarse que, para el espacio cronológico y fuentes abordadas, la donación fue un concepto polisémico rasgo fundamental a la hora de encontrarlo usado por los autores, ya que será preciso establecer inicialmente cuál o cuáles son

las significaciones que (expresa o tacitamente) se le asignen en cada uso concreto.

2) Antúnez de Portugal nos aporta con su tratado una visión diferente y muy abierta para su época, me atrevería a calificarla de "avanzada" y desde luego nueva. Utiliza la donación como mero pretexto para elaborar un extenso tratado donde aborja y reflexiona sobre gran diversidad de temas y de ideas que van desde los que son tan poco originales de admitir que la donación es un contrato innominado a plantear de forma bastante contundente la propia legitimidad del rey para con base en las llamadas regalías gobernar de forma absoluta. Es conveniente recordar que la actitud de Antúnez es perfectamente encuadrable en la doctrina de los conciliaristas; trata en esta obra (única que nosotros hayamos podido conocer) de transmitir su pensamiento partiendo de un concepto esterilizado de la donación pero, poco a poco, nos lleva al terreno de la gran influencia que dicha institución ha desarrollado a lo largo de los siglos como arma política en manos de los monarcas y que sin lugar a dudas seguía teniendo, y ello le lleva a criticar abiertamente el uso y el abuso del principio de "utilidad pública" que es esgrimido constantemente por el monarca para realizar verdaderas

cesiones del territorio del Reino, muchas veces de forma arbitraria y abusando del poder conferido a su persona.

Igualmente Antúnez resalta el papel primordial que pueden jugar en una Monarquía las Cortes como límite y control al poder desmesurado de los reyes, pero no percibe su realidad de representantes sólo de poderes oligárquicos y de defensores de intereses de clase o fracción de clase bajo la equívoca autopresentación como "Reino", que no se acaba y no se representa totalmente en ellos.

No hay duda para Antúnez que la donación es ese negocio jurídico que mejor sirve para ejercer por parte del ser humano la liberalidad y por ello la elige como medio de expresión de su pensamiento llegando con ello tanto al ámbito de los particulares como al núcleo central de su obra que es el jurídico público y ello le facilita manifestar lo que piensa en temas como la potestad legislativa del monarca, que para él no debe ser una regalía en manos del rey que sea cedida arbitrariamente por él, sino por el contrario piensa que éste debe frenar su cesión y compartirla con las Cortes. Es, en definitiva un hombre que dice con rigor y valentía lo que considera lícito e ilícito para cualquier gobernante o forma política.



3) Fernandez de Retes es un romanista enormemente parco y cauteloso, buen ejemplo del intelectual no comprometido al contrario de Antúnez. Para él su objetivo fundamental ha sido transmitirnos un concepto particular de donación que sólo en parte se ha implantado en el ámbito del derecho romano desde sus orígenes hasta el derecho postclásico. Ha utilizado idea (quizá demasiado espiritualizada) de la donación como un piedra de prueba para manifestar su opinión técnica sobre la calidad tanto de la legislación romana como de la castellana de su época, pero sin entrar en el campo de la teoría jurídico-pública ni en las repercusiones que la donación tiene en su práctica. Es un teórico del derecho privado, se limita a relatarnos lo que hay en la legislación y aquello que él cree que no coincide con la idea que él ofrece de esa institución, y se cuida bastante de calificarla en ningún momento como negocio jurídico y menos aun de extravasarse al espacio de lo legítimo o ilegítimo en las relaciones jurídicas entre Rey, instituciones y súbditos.

REGESTA DOCUMENTAL

SELECTIVA

## Nº 1 A.H.N.

Donación de la villa y castillo de Osuna a la Orden de Calatrava por Alfonso X. Sevilla, 29 de diciembre de 1264.

Leg. 1, nº 2 a, b, c. Osuna

## Nº 2 A.H.N.

Privilegio de donación de Alfonso X a la Orden de Calatrava del tercio y montazgo de Osuna. Sevilla, 30 de diciembre de 1264.

Leg. 1, nº 3, a, b, c, d. Osuna.

## Nº 3 A.H.N.

Privilegio rodado de Sancho IV concediendo al maestre de Calatrava los castillos de Osuna y Cazalla. Sevilla, 28 de agosto de 1285.

Leg. 1, nº 5, a-d. Osuna

Ibid.: Leg. 9, nº 1.

## Nº 4 A.H.N.

Testimonio dado por Antonio de la Torre notario de Ciudad Real en 22 de enero de 1488 de un privilegio rodado de Alfonso X y su mujer D<sup>a</sup> Violante por el que le dió a la Orden de Calatrava el castillo y villa de Cazalla a cambio de Cerraja y otros que poseía la Orden en Guadalajara. Sevilla, 15 de diciembre de 1317.

Leg. 102, nº 1c. Osuna

Nº 5 A.H.N.

Copia simple de la donación que el señor Duque de Peñafiel D. Juan Manuel, hizo en Córdoba a 6 de noviembre de 1358 (1320), al convento, prior y frailes de San Pablo, de la orden de Predicadores de Santo Domingo de la villa de Peñafiel para monasterio, con ciertas casas y derechos. Córdoba, 6 de noviembre de 1320.

Leg. 96', nº 1. Osuna

Nº 6 A.H.N.

Privilegio rodado del rey Don Sancho y la reina Doña María, su mujer, en que hacen merced de los castillos de Morón y Cote a Don Fernando Paez, maestro de la Orden de Alcántara y a la misma orden. Sevilla, 6 de noviembre de 1285.

Leg. 80, nº 2. Osuna.

Nº 7 A.H.N.

Donación de Villagarcía hecha por Don Juan (II) a García Fernández, maestro de Santiago. Villagarcía, 16 de junio de 1386.

Leg. 35, nº 4. Osuna.

Nº 8 A.H.N.

Privilegio rodado del rey Pedro I por el cual hace donación al maestre de la Orden de Calatrava, Don Juan Núñez, del castillo y villa de Caçalla. Reservándose hospedaje, fonsado, minas, justicia y moneda foreda. Cortes de Valladolid, 29 de octubre de 1351.

Carp. 9, nº 9. Osuna.

Nº 9 A.H.N.

Privilegio de donación hecho por Don Pedro I a Don Juan Rodríguez de Cisneros del lugar de Guardo, por vía de mayorazgo. Toro, 3 de diciembre de 1392.

Carp. 181, nº 11. Osuna.

Nº 10 A.H.N.

Merced de la villa de Bañares hecha por el infante Don Juan, hijo de Don Enrique a Don Lope de Zúñiga. 24 de octubre de 1377.

Carp. 171, nº 4. Osuna.

Nº 11 A.H.N.

Privilegio de donación hecho por Don Pedro I a Don Juan Rodríguez de Cisneros del lugar de Biduerna. Cortes de Valladolid, 25 de octubre de 1389.

Carp. 181, nº 4. Osuna.

Nº 12 A.H.N.

Donación de la villa de Alcolea y Callosa. 1417.

Leg. 576, nº 2. Osuna.

Nº 13 A.H.N.

Alfonso V de Aragon dona a su madre la reina Doña Leonor las villas de Tiedra y Ureña. Valencia, 5 de abril de 1418.

Leg. 105, nº 1 y leg. 108, nº 2. Osuna.

Nº 14 A.H.N.

Escritura por la que el rey Don Alonso de Aragón hace traspaso y donación a la reina Doña Leonor, su madre, infanta que fue de Castilla de las villas de Tiedra y Ureña. Valencia, 5 de abril de 1418.

Leg. 105, nº 1b. Osuna.

Nº 15 A.H.N.

Codicilo de la reina Doña Leonor de Aragón otorgado en Medina del Campo por el que manda las villas de Ureña y Tiedra a la reina Doña María su hija no obstante que de ella se había hecho donación en su testamento al infante Don Pedro, su hijo. Medina del Campo, 12 de septiembre de 1435.

Leg. 105, nº 2b. Osuna.

Nº 16 A.H.N.

Merced del príncipe de Asturias (luego Enrique IV) a favor de Don Pedro Girón de la villa de Tiedra y su territorio. Medina del Campo, 25 de junio de 1445.

Carp. 2, nº 4. Osuna.

Nº 17 A.H.N.

Merced de la villa de Ureña otorgada por el príncipe de Asturias Don Enrique (Enrique IV) al maestro Don Pedro Girón. Medina del Campo, 25 de junio de 1445.

Leg. 105, nº 3 a-c. Osuna.

Nº 18 A.H.N.

Merced de la villa de Ureña otorgada por el príncipe de Asturias Don Enrique (después Enrique IV) a Don Pedro Girón. Medina del Campo, 25 de junio de 1445.

Carp. 2, nº 3. Osuna.

Nº 19 A.H.N.

El príncipe de Asturias Don Enrique dona a Payo de Ribera, su mariscal, a cambio del lugar de García Naharro, que anteriormente el rey Juan II le había dado, y que el príncipe se lo había tomado, los lugares de Canalejas, Fuente Pedraza, Manzanillo,

Molpeceres de Yuso, Molpeceres de Suso, Oreja, Padilla de Duero y La Torre, que había eximido el 18 de febrero del mismo año de la jurisdicción de Peñafiel. Segovia, 17 de marzo de 1447.

Leg. 96', nº 3. Osuna.

Nº 20 A.H.N.

El príncipe de Asturias Don Enrique dona a Don Pedro Girón, maestro de Calatrava la villa de Peñafiel con su fortaleza y su tierra, vasallos, justicia y jurisdicción, pechos y derechos reservando para el rey alcabalas, tercias, moneda forera y minas. Segovia, 21 de julio de 1448.

Leg. 96<sup>2</sup>, nº 8 a. b. Osuna.

Nº 21 A.H.N.

Traslado autorizado de la merced de Belmez y Milagro hecha por Don Juan (II) a Don Alfonso de Sotomayor. Belmez, 28 de agosto de 1449.

Carp. 47, nº 5. Osuna.

Nº 22 A.H.N.

Aprobación de Juan de Navarra de las mercedes que el príncipe de Asturias, Don Enrique, su sobrino, hizo a Don Pedro Girón maestro de Calatrava de la villa de Peñafiel y al mariscal Payo de Rivera de sus aldeas, concediéndoles el derecho que



pretendía tener a dichas villas y aldeas que antes hizo donación Juan de Navarra a Don Enrique. Zaragoza, 10 de julio de 1449.

Carp. 22 bis, nº 9. Osuna.

Nº 23 A.H.N.

Don Juan II concede a Don Gutierre de Sotomayor, maestre de Alcántara, el lugar de Belmes y Fuenteovejuna. Zamora, 8 de marzo de 1450.

Carp. 47, nº 4. Osuna.

Nº 24 A.H.N.

Confirmación del rey Don Juan a favor de Payo de Ribera del trueque y cambio que hizo del lugar de Garci Naharro por los lugares de Padilla, Manzanillo y otros, insertándose varias cédulas anteriormente expedidas. Madrid, 9 de junio de 1452.

Leg. 96', nº 4. Osuna.

Nº 25 A.H.N.

Confirmación de la venta y merced del rey Don Juan de Castilla a Mosén García de Sese de las dos villas de Quintanilla de Yuso y de Suso y de la villa de Peñafiel y su tierra, con los pechos y derechos que le pertenecían. Valladolid, 16 de agosto de 1453.

Leg. 96<sup>a</sup>, nº 14 a-c. Osuna.

Nº 26 A.H.N.

Privilegio de Enrique II confirmando a Don Pedro Girón las donaciones hechas, siendo príncipe de Asturias, de las villas de Ureña, Tiedra, San Felice de los Gallegos, Peñafiel y los tercios de Arévalo. Arévalo, 19 de diciembre de 1454.

Carp. 9, nº 10 (también en leg. 105, nº 4). Osuna.

Nº 27 A.H.N.

Merced de Enrique IV a Don Pedro Girón de la villa de Gumiel de Izán, su fortaleza y término en pago de otra merced hecha de la ciudad de Alcázar y villa de Frejenal, que no tuvo efecto. Madrid, 7 de octubre de 1459.

Leg. 79', nº 3. Osuna.

Nº 28 A.H.N.

Testimonio del consentimiento y aprobación de la merced que el rey hizo a Don Pedro Girón, maestre de Calatrava de las villas de Fuenteovejuna y Belmes, lugares que fueron de esta ciudad, de la venta que el maestre hizo con el rey de las mismas y su trueque por Osuna y Cazalla. Córdoba, 24 de marzo de 1464.

Leg. 2, nº 4. a-h. Osuna.

Nº 29 A.H.N.

Merced del rey Don Enrique a Alfonso Téllez Girón, primer Conde de Ureña, de la villa de Archidona con su fortaleza, que había sido ganada a los moros, por juro de heredad. Madrid, 30 de julio de 1464.

Leg. 61<sup>a</sup>, nº 3. Osuna.

Nº 30 A.H.N.

Carta de donación de Enrique IV a Alfonso Téllez Girón de las villas de Osuna y Cazalla. Madrid, 25 de mayo de 1464.

Leg. 2, nº 5, a-f. Osuna.

Nº 31 A.H.N.

Merced que Enrique IV hizo nuevamente a Don Pedro de Sandoval, Conde de Castro, y a Doña Leonor de Zúñiga, su mujer, de la villa de Gumiel de Izán y de Casablanca, heredamiento anejo. Toro, 12 de julio de 1465.

Leg. 79<sup>a</sup>, nº 8. Osuna.

Nº 32 A.H.N.

Merced de Escalona al maestre de Santiago. 1470.

Leg. 1735, nº 2 bis. Osuna.

Nº 33 A.H.N.

Donación de Enrique IV a Don Juan Téllez Girón de ciertos mercedes en los pagos de Archidona, Olvera y Ortejícar. Segovia, 15 de octubre de 1471.

Carp. 21, nº 5. Osuna.

Nº 34 A.H.N.

Alvaro Daza y su mujer hacen donación a los obispos del Cabildo de Peñafiel de la octava parte de la granja de Valdeparras en término de Peñafiel y dos tierras en el mismo término a cambio de ciertas misas. 19 de octubre de 1518.

Leg. 97', nº 6h. Osuna.

Nº 35 A.H.N.

Escritura de donación de unas casas, capillas, huerta de naranjales, una alberca, dos viñas y una fuente llamada de Algaida en el bosque así titulado en Morón, otorgada por el Duque de Osuna a favor de la religión de Descalzas recoletos de San Francisco para que hiciesen un monasterio y casa de oración. Morón, 15 de febrero de 1575.

Leg. 83', nº 5. Osuna.

Nº 36 A.H.N.

Copia simple de la escritura de fundación del Convento de San Pablo de la Breaña, con la donación del terreno y las ordenanzas y posesión del Bosque y Breaña, Algaida de Cote y otros. Morón, 15 de febrero de 1575.

Leg. 90, nº 1. Osuna.

Nº 37 A.H.N.

Escritura por la cual Elvira de Perea hizo donación a su nieta del mismo nombre todo el derecho que tenía a un cortijo llamado de Pidruelas, en Morón por el que tenía puesta demanda el Duque de Osuna. Morón, 23 de abril de 1579.

Leg. 83', nº 6. Osuna.

Nº 38 A.H.N.

Escritura de donación por la cual Elvira de Perea renuncia en su nieta del mismo nombre todos los derechos y acciones que tenía sobre el cortijo de Pidruelas, en Morón, por el que tenía puesta demanda el Duque de Osuna. Morón, 23 de abril de 1579.

Leg. 83', nº 6. Osuna.

Nº 39 A.H.N.

Donacion de la Dehesa de Dueñas por Don Pedro Téllez Girón a Don Diego Pacheco. Provisión real sobre lo mismo. 1596-1603.

Leg. 11', nº 4. Osuna.

Nº 40 A.H.N.

Escritura de donación del usufructo de la Dehesa de Arenales y Mata de Barros hecha por el Duque de Osuna a Don Luis de Córdoba, prometiendo éste el pago de ciertas fanegas de pan terciado, un tercio del diezmo y ciertas condiciones. Nápoles, 30 de mayo de 1617.

Leg. 90, nº 1. Osuna.

Nº 41 A.H.N.

Merced del goce de la dehesa de Barros hecha por Don Pedro Girón a Juan Ladrón de Guevara, a cambio de ciertas fanegas de trigo y cebada de reconocimiento. Nápoles, 25 de agosto de 1618.

Leg. 90, nº 1. Osuna.

#### BIBLIOGRAFIA

FUENTES

CODEX IUSTINIANEUS: (Krueger) Berlín, 1963. Ed. Zeumer  
1902.

CODEX THEODOSINUS: (Ed. Monnsen-Paulus Mayer) Berlín  
1905.

CORPUS LEGUM AB IMPERATORIBUS ROMANIS ANTE JUSTINIANUM  
LATARUM: (Ed. Maenel, G.) Leipzig, 1957.

LOS DIGESTOS: (Monnsen) 72 ed., Berlín, 1963.

FONTES IURIS ROMANI ANTEJUSTINIANI: (Ed. de Baviera),  
Florencia, 1940.

FUERO JUZGO: (Ed. R.A.H.) Madrid, 1807.

LEYES DE TORO: (Ed. facsimil M.E.C.) Madrid, 1978.

NUEVA RECOPIACION: Madrid, 1775.

ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL: Coimbra, 1824.



ORDENANZAS REALES DE CASTILLA: Recopiladas y compuestas  
por el Dr. Alphonso Diaz de Montalvo.  
Coleccion de Códigos Españoles, tomo IV,  
Madrid, 1849.

SIETE PARTIDAS DEL REY D. ALFONSO EL SABIO: (R.A.H.)  
Madrid 1849.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALBURQUERQUE, R. de. As represalias. Estudio de historia do Direito Portugues (s. XV y XVI). Lisboa, 1972.
- ALCALDE DE OSMA, J. "Nota sobre donaciones reales". Hidalguía 48 (1961) pp. 625-635.
- ALONSO, S. El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1665). Contribución a la historia del regalismo español. Salamanca 1973.
- ANTONIO, M. Bibliotheca Hispanonova. Madrid, 1783.
- ARCHI, G.A. La donazione. Corso di diritto romano. Milán, 1960.
- ARIAS RAMOS, J. Derecho romano. Madrid, 1972.
- ARISTOTELES. Politica. Trad. del Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951.
- BIONDI, B. Sucesión testamentaria y donación. Barcelona, 1960.

- BRAGA DA CRUZ, G. Historia del direito portuguez.  
Coimbra, 1955.
- BUSSEI, E. La formazione dei dogmi di diritto privato  
nel diritto comune. Padova, 1937.
- La donazione nel suo sviluppo storico en el  
vol. Cristianesimo a diritto romano. Milán,  
1935.
- CARO BAROJA, J. Estudios vascos. II. Vecindad, familia  
tecnica. San Sebastian, 1974.
- CASAVOLA, F. Lex Cincia. Contributo alla storia delle  
origini della donazione romana. Napoli, 1960.
- COVARRUBIAS Y LEIVA, D. Opera Omnia. Colonia, 1723.
- CASTILLO BOBADILLA. Politica para corregidores y seño  
res y vasallos Amberes, 1704. Ed. preparada  
por E. González Alonso, Madrid, 1978.
- EGARA, A. de. La teoria del regio Vicariato español en  
India. Roma, 1958.
- GARAY, R. El derecho de sucesiones en Fernando Vázquez  
de Menchaca. Tesis doctoral. Madrid, 1984.
- GARCIA GARFIDO, M. Derecho privado romano. Madrid, 1984.

- GARCIA GARRIDO, M. "El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho romano vulgar romano-visigótico" A.H.D.E. 29 (1959) pp. 389-446.
- GARCIA PELAYO, M. Del mito y de la razón. Madrid, 1968.
- GARCIA DE VALDEAVELLANO, L. Curso de historia de las instituciones españolas de los orígenes al final de la Edad Media. Madrid, 1968.
- "Sobre la simbología jurídica de la España medieval", en Homenaje a J. Esteban Uranga. Pamplona, 1971, pp. 89-133.
- GIBERT, R. Ciencia jurídica española. Granada, 1971.
- GOMEZ, A. Ad leges tauri commentarium absolutissimum. Madrid, 1776.
- GONZALEZ DE AMEZUA Y MAYO, D. La vida privada española en el protocolo notarial. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid. Madrid, 1950.
- GONZALES, J. Índices del Archivo Histórico de Protocolos de Salamanca. Madrid, 1942.
- HAENEL, G. Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum. Leipzig, 1857.

- HERCULANO, A. Historia de Portugal. Ed. de J. Matosso.
- JOBBE-DUVAL, E. "Histoire de la doctrine relative a la nature de la querella inofficiosi testamenti" R.H.D.F.E. 1907.
- KANTOROWICZ, E.M. Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval. Madrid, 1985.
- LOPEZ, G. Glosas al código de las Siete Partidas. Ed. B.O.E. Salamanca, 1555.
- LOPEZ ORTIZ, F.J. El regalismo indiano en el gobierno eclesiástico-pacífico de don Fray Gaspar de Villagael. Madrid, 1947.
- MAESTRILLO D. GARSIA. Tractatus de magistratibus... quibus accessit comentarius iusdem Authoris ad indultum generale Catholici Philippi III regi Potentissimi beneficio sicutia ei regno concession. Venettis, 1667.
- MARRERO MARTINEZ, M. Protocolos del escribano Hernán Guerra. La Laguna 1508-1510. La Laguna, 1958.
- Protocolos del escribano Juan Guerra. La Laguna 1507-1508. La Laguna, 1974.

- MARTINEZ MARINA, F. Teoria de las Cortes, Madrid, 1813.  
Ed. preparada por J.M. Pérez-Prendes, Madrid, 1979.
- MARTINEZ RUIZ, A. Francisco Ramos del Manzano. testigo de la crisis del siglo XVII (1604-1683). Tesis doctoral. Granada, 1980.
- MATECS, F. "Bulas portuguesa e españolas sobre descubrimientos geograficos" en Congreso Internacional de Historia dos Descubrimientos. Lisboa, 1961.
- MAYNZ, C. Curso de derecho romano. Barcelona, 1892.
- MEERMAM, G. Novus thesaurus iuris civilis et canonici. 7 vols. La Haya, 1751.
- MENGUIJON, S. Elementos de historia del derecho español. cuaderno IV. Zaragoza, 1917.
- MEREA, M.F. "Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do mare clausorum" en Novos estudos de historia do direito. Barcelos, 1937.
- MUNOZ DE SAN PEDRO, Conde de Canillera y de San Miguel.  
"Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales" Estudios Históricos vol. II (1965). Madrid.

MUROGA, J.A. Donaciones y testamentos in bonum animae en el derecho romano tardío. Pamplona, 1968.

OTERO, A. "La mejora del nieto" A.H.D.E. 23 (1953).

"La mejora" A.H.D.E. 33 (1963) pp. 5-131.

"Sobre la plenitud potestatis y los reinos hispánicos" A.H.D.E. 24 (1964) pp. 141-162.

PASTOR DE TOGNERI, R. "La sal en Castilla y León. Un problema de la alimentación y del trabajo y una política fiscal (s. X y XIII)" C.H.E. 37-38 (1965) pp. 42-87.

PEREZ-PRENDES, J.M. "Contractus sufragii" R.F.D.U.M. 7 (1960) pp. 135-147.

Curso de historia del derecho español. Madrid, 1963.

Cortes de Castilla. Barcelona, 1974.

"Derecho y poder" en Historia general de España y América, tomo IV, pp. 1-83, Madrid, 1984.

"La mujer en el derecho público medieval castellano-leonés. Génesis de un criterio" en La condición de la mujer en la Edad Media, Madrid, 1986, pp. 97-106.

"Sobre las relaciones Iglesia-Estado en la formación del Estado moderno. El Real Patronato aportación para un estado de la cuestión" en Etat et eglise dans la genese de l'Etat moderne Madrid, 1986, pp. 250-255.

PLANIZT, H. Principios de derecho privado germanico. Barcelona, 1957.

PLINIO EL JOVEN. Panegirico de Trajano. Ed. de A. D'Ors Madrid, 1955.

RIAZA MARTINEZ-OSORIO, R. Historia de la literatura jurídica española, Madrid, 1930.

RODRIGUEZ FLORES, I. El perdón real en Castilla. siglos XVI y XVII, Salamanca, 1971.

RODRIGUEZ GIL, M. La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla, Madrid, 1981.

RUBIO SACRISTAN, J.A. "*Donationes post obitum y donatiz nes reservato usufructu* en la Alta Edad Media de León y Castilla" A.H.D.E. 9 (1932) pp. 1-32.

SAMPER POLO, F. "La disposición *mortis causa* en el derecho romano vulgar" A.H.D.E. 38 (1968) pp. 89-227.



SCHRAMM, P.E. Las insignias de la realeza española, Madrid, 1960.

THOMAS, Santus. Summa theologiae, Ed. Bae, Madrid, 1950.

TOMAS Y VALIENTE, F. Manual de historia del derecho español, Madrid, 1979.

La venta de oficios en Indias (1492-1606), Madrid, 1972.

"La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes" A.H.D.E. 36 (1966) pp. 189-254.

"La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla" R.H.I.D. (1975) pp. 527-546, Sevilla.

"Origen Bajomedieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla" en Actas del I Simposium de Historia de la Administración, Madrid, 1970, pp. 125-159.

El derecho penal en la Monarquía absoluta, Madrid, 1969.

"El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano, siglos XVI, XVII y XVIII" A.H.D.E. 2: (1969).

TORRES LOPEZ, M. "La doctrina de Santo Tomás sobre la guerra justa y sus influencias en Francisco de Vitoria" Anales de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Granada 4 (1928) pp. 5-26.

"La sumisión del soberano a la ley en Vitoria, Vázquez de Menchaca y Suárez" Anuario de la Asociación E. Vitoria (1931) pp. 129-154.

ULMANN, W. Historia del pensamiento político en la Edad Media, Barcelona, 1983.

Principios de gobierno y política en la Edad Media, Madrid, 1971.

VALLET GOYTISOLO, J.B. Estudios sobre donaciones, Madrid 1978.

VAZQUEZ DE MENCHACA, F. Controversias fundamentales, Ed de Rodríguez Alcalde, F., Valladolid, 1934.

VERISSIMO SERRAO, J. Historia de Portugal, Lisboa, 1980.

"Fontes de direito para a historia suceso de Portugal 1580" Boletim de la Facultad de Direito de Coimbra 35 (1960).

WITT, Ch.M. "Les bulles pontificales et l'expansion portugaise au XV siecle" Revue d'Histoire Ecclesiastique 48 (1953), 51 (1956) y 53 (1958).

